

Il regime giuridico dell'impresa pubblica - RomaTre- 24 gennaio 2008

Maria Alessandra SANDULLI

Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti.

Premessa

Un profilo di estremo rilievo nella costruzione della categoria concettuale dell'impresa pubblica e del regime speciale alla quale essa è in diverso modo sottoposta è senza dubbio rappresentato dalla disciplina delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Nella relazione tenuta ad un recente convegno di Varenna Sandro Pajno sottolineò invero la stretta connessione tra la giurisdizione esclusiva del g. a. in tema di contratti pubblici e l'assoggettamento delle imprese pubbliche alla giurisdizione contabile.

Come è noto, tanto l'ordinamento comunitario, quanto, in attuazione del primo, il diritto interno, allorché, dopo averli inizialmente esclusi, si sono determinati nel senso di assoggettare alle regole di evidenza pubblica i contratti di acquisto di servizi, lavori e forniture nei settori c.d. speciali, hanno esteso tale obbligo anche alle imprese pubbliche e ai soggetti, anche privati, titolari di diritti speciali od esclusivi.

Non si deve tuttavia incorrere nell'equivoco di interpretare tale adesione come una conferma di una sostanziale equiparazione impresa pubblica/pubblica amministrazione: all'opposto, la storia della disciplina degli appalti conferma l'esatto contrario.

La *ratio* della normativa comunitaria sui contratti pubblici non dev'essere infatti cercata nel miglior soddisfacimento di un interesse pubblico specifico affidato alla cura della p.A.: l'obiettivo perseguito dalle direttive, come recentemente rimarcato anche dalla Corte costituzionale e più volte sottolineato dalla Corte di giustizia e dagli Avvocati Generali, è piuttosto quello di coordinare e armonizzare le procedure di aggiudicazione al fine di realizzare lo sviluppo di una concorrenza effettiva idonea a garantire le libertà fondamentali per l'integrazione europea. Si tenta, cioè, di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione e di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendono offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro, evitando che la stazione appaltante sia guidata da criteri diversi da quelli di carattere economico, dando, ad esempio, la preferenza agli offerenti nazionali.

E' questa la ragione per la quale le amministrazioni aggiudicatrici (enti pubblici e organismi di diritto pubblico), per definizione capaci di sottrarsi alle regole del mercato, sono state generalmente assoggettate ad apposita disciplina proconcorrenziale.

Il legislatore comunitario si è posto però sin dall'origine il problema dell'applicabilità delle medesime regole ai c.d. settori speciali, relativi ai servizi di pubblica utilità (acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni, gas, poi poste), che vennero esclusi dalla disciplina di armonizzazione proprio a causa della diversità dello statuto giuridico (pubblico o privato) dei soggetti che li gestiscono e della conseguente volontà di evitare che i contratti relativi a detti servizi fossero sottoposti a regimi diversi a seconda che fossero stipulati dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri enti di diritto pubblico ovvero da organismi di diritto privato in attesa che l'esperienza consentisse di adottare una soluzione definitiva (cfr. 4°, 5° e 6° "considerando" della direttiva 71/505; 6°, 7° e 8° "considerando" della direttiva 77/62 e 8° "considerando" della direttiva 93/38).

Orbene, è significativo che le imprese pubbliche erano proprio il modello organizzativo classico per la gestione dei servizi a rete: esse costituivano infatti l'espressione della nuova configurazione dei servizi pubblici come prestazioni rese ai cittadini anche in forma economica,

attraverso operatori esterni alla p.A., sottoposti ad obblighi di servizio imposti e regolati dai pubblici poteri, che tornavano quindi al loro ruolo originario di esercenti funzioni pubbliche piuttosto che gestori diretti di servizi.

Il fatto che l'ordinamento comunitario si fosse preoccupato di non creare un diverso regime tra appalti gestiti da soggetti pubblici (unitariamente definiti come "amministrazioni aggiudicatrici") e soggetti privati operanti in tali settori dimostra quindi proprio - in termini opposti alla tesi favorevole all'equiparazione impresa pubblica/pubblica amministrazione - che detta categoria è, invece, connotata da una finalità (quella economica) tipicamente privatistica ed è quindi di norma (e salvo eccezioni eventualmente stabilite in modo espresso e tassativo dalla legge) estranea al regime pubblicistico (si è già detto del resto che lo stesso regime degli appalti non può essere correttamente definito come pubblicistico).

L'impresa pubblica era categoria ben nota al legislatore comunitario, che se ne occupa all'art. 86 del Trattato e nuovamente negli artt. 101, 102 e 103 sul divieto di facilitazioni finanziarie. Se avesse inteso considerare tali imprese come pubbliche amministrazioni lo avrebbe fatto quindi sin dalle prime direttive, mentre, in senso opposto, l'unica preoccupazione del legislatore comunitario è stata quella che esse non fossero sottratte, in virtù dei rapporti con i pubblici poteri, alle regole del mercato imposte, indipendentemente dalla loro appartenenza, a tutte le imprese: regole che valgono indistintamente per tutti gli operatori economici e non ammettono privilegi per le imprese pubbliche (in virtù di aiuti finanziari o di diritti speciali o esclusivi idonei a falsare la concorrenza).

La predetta chiave di lettura non è smentita, ma anzi confermata dalla direttiva 93/38 e dalla successiva direttiva 2004/17, che, tenendo conto dell'influenza esercitata dalle autorità pubbliche sugli enti, **non** pubblici, operanti nei suddetti settori speciali (a causa della naturale chiusura dei relativi mercati e della concessione dei diritti speciali od esclusivi), ha - eccezionalmente - ritenuto di poter estendere un regime proconcorrenziale (meno rigido di quello previsto per i settori ordinari) anche alle imprese pubbliche e, comunque, a tutti i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi, che, infatti, significativamente distingue dalle "amministrazioni aggiudicatrici", considerandoli, insieme, in una lettera autonoma.

Il carattere eccezionale dell'equiparazione alle pubbliche amministrazioni - che, si badi, proprio perché se ne è avvertita la necessità, non può essere intesa come una conferma di una sostanziale identità tra le anzidette categorie soggettive - è rafforzato dalla delimitazione "oggettiva" (o, se si preferisce, "materiale") della stessa: l'elemento determinante consiste non già nell'ente che offre l'appalto, ma nel genere di attività in cui esso rientra, operando **soltanto** in tali settori.

Secondo i preamboli delle tre direttive sui contratti nei settori speciali (nn. 90/531, 93/38 e 2004/17), esistono due cause principali, correlate, all'origine delle procedure discriminatorie di aggiudicazione degli appalti, ossia la naturale chiusura dei mercati nei quali operano gli enti interessati e i diversi modi che le autorità nazionali utilizzano (partecipazione al capitale sociale o inserimento di propri rappresentanti negli organi amministrativi, direttivi o di vigilanza) per influenzare il comportamento di detti enti.

Il legislatore comunitario ha quindi, proprio in relazione a tali profili, riscontrato la necessità di fissare un regime "*speciale*", che, al dichiarato fine di garantire anche nei suddetti particolari ambiti economici l'effettiva liberalizzazione del mercato, mantenendo un giusto equilibrio nell'applicazione delle norme sugli appalti pubblici (10° "*considerando*" della direttiva 17), compensasse contenuti meno rigidi rispetto al sistema ordinario con una delimitazione meno formalistica del proprio ambito soggettivo, che non fosse vincolata alla qualificazione giuridica pubblica degli aggiudicatori, estendendosi anche a categorie di soggetti, che, non rientrando nel novero delle c.d. amministrazioni aggiudicatrici, sono, di norma sottratte all'obbligo di osservanza di regole di evidenza pubblica.

Quando, fuori dai richiamati settori di pubblica utilità, i suddetti soggetti operano in condizioni di concorrenza non distorte, si presuppone infatti che sia la stessa forza del mercato a garantire che per ogni appalto venga scelta l'offerta economicamente più vantaggiosa e che pertanto non sia necessario assoggettare l'aggiudicazione di tali appalti a dettagliate procedure.

Ho già avuto modo di approfondire l'argomento in diversi scritti (la prima occasione, come ricordava il Presidente de Lise, fu offerta proprio da un convegno che organizzai in questa Facoltà nel 2004) e ne approfitterò quindi per riassumere ed aggiornare il ragionamento svolto in quella sede, rinviando, per una più ampia trattazione, al capitolo sull'impresa pubblica in corso di stampa nel Trattato sui contratti pubblici (Giuffrè, Milano, vol. V, in uscita nelle prossime settimane).

La distinzione tra l'ambito oggettivo della disciplina dei contratti nei settori speciali e quello dei settori ordinari è infatti evidentemente confermata dall'art. 207, co. 1 del codice, che, seguendo di nuovo pedissequamente il modello comunitario, nel co. 2 definisce i "diritti speciali o esclusivi" come "i diritti, costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare a uno o più soggetti l'esercizio di una attività di cui agli artt. da 218 a 213 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri soggetti di esercitare tale attività".

Come già sottolineato, proprio la circostanza che la normativa sui settori speciali tratti le figure dell'impresa pubblica e dei titolari di diritti speciali ed esclusivi in modo autonomo e distinto dalle amministrazioni aggiudicatrici ed in particolare da quella dell'organismo di diritto pubblico ne esclude all'evidenza la automatica assimilabilità alle medesime in difetto di specifiche disposizioni in quest'ultimo senso.

Il dibattito si è pertanto prevalentemente concentrato sulla nozione di impresa pubblica¹ e sugli esatti confini di tale categoria - in relazione soprattutto a quella, solo in apparenza analoga (ma in realtà affatto diversa), dell'organismo di diritto pubblico.

Si è già fatto cenno alla circostanza che il Trattato istitutivo della Comunità Europea si occupa delle imprese pubbliche² e di quelle titolari di diritti speciali ed esclusivi all'art. 86 (ex art. 90)³, che nel primo paragrafo ne impone la soggezione alle regole generali sulla concorrenza e nel secondo ne ammette le eccezioni necessarie all'adempimento di missioni di interesse economico generale⁴; e, indirettamente, agli artt. 87 ss. (ex artt. 92 ss.), nell'ambito delle norme che stabiliscono il divieto di aiuti di Stato in favore di alcune imprese o produzioni e le relative deroghe. Nessuna di tali disposizioni definisce però i tratti distintivi dell'impresa pubblica⁵, che devono

¹ Sull'impresa pubblica nel diritto europeo, senza pretesa di completezza, cfr. G. PERICU e M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO PARTE speciale, vol. II, Giuffrè, Milano, 1997, 751; G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche*, cit., e ivianche E. FERRARI, *La nozione pubblica tra il trattato e le direttive comunitarie*, 123 ss.; G. MARCHEGIANI, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 1233 ss.; P. DELVOLVÈ, *Les entreprises publiques et le droit de la concurrence*, in <http://www.asmp.fr>; G. TESAURO, *Diritto comunit.*, Padova, cedam, 2005, 623 ss. e 760 ss.. Per un recente inquadramento del tema, sotto il profilo comunitario e nazionale, in riferimento soprattutto ai limiti che lo strumento incontra sul piano dei fini sociali e della tutela della concorrenza, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss., 96.

² Per una indicazione bibliografica, cfr. la nota precedente.

³ G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. Unione europea*, 1996, 729; *Diritto comunit.*, cit..

⁴ Cfr. F. MUNARI, *Imprese "pubbliche" e servizi di interesse generale*, in *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di A. TIZZANO, *Trattato di diritto privato*, diretto di M. BESSONE, vol. I, Torino, 2006, 1647 ss.

⁵ Per una ricostruzione delle linee di tendenza interpretative della disposizione, alla luce soprattutto della giurisprudenza comunitaria, cfr. F. CARDARELLI, *op. loc. cit.*, e, soprattutto, M. CAFAGNO, *op. cit.*, il quale, peraltro, ricorda che la Corte di giustizia (sent. 6 luglio 1982, in C-180, 189, 190/80) ha affermato che l'art. 2 della direttiva sulla trasparenza non ha la prerogativa di offrire una nozione compiuta ed esauriente dell'impresa pubblica cui allude il trattato, ma unicamente di stabilire i criteri necessari per circoscrivere la categoria di imprese le cui relazioni finanziarie coi pubblici poteri sono soggette all'obbligo di informazione.

essere piuttosto ricercati nelle direttive sulla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, nonché all'interno di talune imprese (direttiva 80/723 della Commissione, successivamente modificata dalle direttive 2000/52 e 2005/81, ora codificate nella direttiva 2006/111). Tali direttive, in nome dei surrichiamati principi generali, hanno infatti in particolare posto l'accento sull'esigenza di assicurare la parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e, a questi fini, sulla necessità di una piena trasparenza in ordine alle relazioni finanziarie intercorrenti tra poteri pubblici nazionali e imprese pubbliche, in modo da distinguere chiaramente il ruolo svolto dalla pubblica amministrazione quale potere pubblico e quello svolto dalla stessa quale proprietario. La direttiva 80/723, fissava quindi le nozioni di potere pubblico e di impresa pubblica, definendo quest'ultima come *“ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici (individuati a loro volta nello Stato e negli enti territoriali: n.d.a) possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che li disciplina”*, con l'ulteriore precisazione che *“l'influenza dominante è presunta qualora i poteri pubblici, direttamente o indirettamente, nei riguardi dell'impresa a) detengano la maggioranza del capitale sociale sottoscritto dall'impresa, oppure, b) dispongano della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa, oppure, c) possono designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa”*. La successiva direttiva 2000/52, ulteriormente modificata dalla direttiva 2005/81, focalizzando l'attenzione sulle imprese, pubbliche e private, che fruiscano di diritti speciali o esclusivi o che siano incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, ricevendo a questi fini appositi finanziamenti pubblici, si sono preoccupate a loro volta di garantire che dette imprese, se operanti anche in altri settori, tenessero una contabilità separata per le attività svolte nei settori dei servizi di interesse economico generale o in quello dei diritti speciali o esclusivi: ciò al dichiarato fine di evitare che la forte posizione di mercato detenuta dalle imprese operanti in tali settori possa costituire ostacolo alla già fragile concorrenzialità emergente nei settori in via di liberalizzazione.

Per ragioni non dissimili, la disciplina comunitaria sugli appalti nei settori speciali ha sancito, in via eccezionale, l'equiparazione delle predette imprese alle amministrazioni aggiudicatrici, ricalcandone le definizioni su quelle fornite dalle direttive sopra richiamate. In particolare, l'art. 2 della direttiva 2004/17 (e già, in termini sostanzialmente analoghi, art. 1 della direttiva 93/38) definisce come *“imprese pubbliche”* soggette alla sua osservanza *“le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione”*.

A differenza di quanto previsto per l'organismo di diritto pubblico, la qualifica di un soggetto come impresa pubblica prescinde perciò dal fine perseguito, mentre assume valenza decisiva il legame tra l'impresa e la pubblica amministrazione (intesa dalla direttiva n. 17 nella sua accezione più ampia, propria alla materia degli appalti, comprensiva perciò anche dell'organismo di diritto pubblico) *“dominante”*. In particolare, come si è visto (e ribadito dalla normativa sugli appalti nei settori speciali), l'influenza dominante è presunta dalla detenzione della maggioranza del capitale dell'impresa, o dal controllo della maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa o dal diritto di nominare più della metà dei componenti degli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza. La categoria sopra definita comprende pertanto non soltanto le aziende autonome e gli enti pubblici economici, ma anche le società di capitali a prevalente partecipazione pubblica o comunque a dominanza pubblica.

Non vale invece ad integrare la nozione di impresa pubblica, né quella di organismo di diritto pubblico, la mera titolarità di diritti speciali od esclusivi⁶, che infatti, anche prima del codice, la stessa direttiva n. 17, come già l'art. 2 della direttiva 93/38, considerava come ulteriore – ed

⁶ Sui limiti relativi al conferimento pubblico di diritti speciali ed esclusivi, cfr. G. CORSO, *I Servizi pubblici in ambito comunitario*, in *Rivista giur. quadrim. pubbl. serv.*, 1999, 19; P. FATTORI, *Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mercato, concorrenza e Regole*, 1999, 127.

autonomo – presupposto per la sua applicazione, definendoli più specificamente come “*diritti che risultano da una autorizzazione conferita da un'autorità competente dello Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa avente effetto di riservare ad uno o più enti l'esercizio di un'attività*”.

La distinzione tra diritti speciali ed esclusivi è fornita più in dettaglio dalla surricordata direttiva 2000/52, la quale definisce come <diritti esclusivi> “i diritti riconosciuti da uno Stato membro ad un'impresa mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che riservi alla stessa, con riferimento ad una determinata area geografica, la facoltà di prestare un servizio o esercitare un'attività” e come <diritti speciali> “i diritti riconosciuti da uno Stato membro ad un numero limitato di imprese mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che, con riferimento ad una determinata area geografica:

- limiti a due o più - senza osservare criteri di oggettività, proporzionalità e non discriminazione - il numero delle imprese autorizzate a prestare un dato servizio o una data attività, o

- designi - senza osservare detti criteri - varie imprese concorrenti come soggetti autorizzati a prestare un dato servizio o esercitare una data attività, o

- conferisca ad una o più imprese - senza osservare detti criteri - determinati vantaggi, previsti da leggi o regolamenti, che pregiudichino in modo sostanziale la capacità di ogni altra impresa di prestare il medesimo servizio o esercitare la medesima attività nella stessa area geografica a condizioni sostanzialmente equivalenti”.

Significativamente, la direttiva 2004/17 non reca più l'elencazione delle condizioni in base alle quali si deve ritenere che il soggetto agisca secondo un diritto speciale o esclusivo prevista dall'art. 1, co. 3 della direttiva 93/38. Anzi, il 25° considerando della nuova direttiva 2004/17, precisa che “*È necessario dare una definizione appropriata della nozione di diritti speciali o esclusivi. Da questa definizione deriva che il fatto che un ente si possa avvalere, per costruire reti o installare strutture portuali o aeroportuali, di una procedura per l'esproprio per pubblica utilità o per l'uso della proprietà privata, o possa usare, per installare impianti della rete, il suolo, il sottosuolo e lo spazio sovrastante la pubblica via, non costituisce in sé un diritto esclusivo o speciale ai sensi della presente direttiva. Neppure il fatto che un ente alimenti di acqua potabile, elettricità, gas o calore una rete a sua volta gestita da un ente che gode di diritti speciali o esclusivi concessi da un'autorità competente dello Stato membro interessato costituisce, in sé, un diritto esclusivo o speciale ai sensi della presente direttiva. Parimenti, non possono essere considerati diritti esclusivi o speciali quelli concessi da uno Stato membro in qualsiasi forma, anche mediante atti di concessione, ad un numero limitato di imprese in base a criteri obiettivi, proporzionali e non discriminatori, che offrano agli interessati che soddisfino tali criteri la possibilità di beneficiarne*”. Non è quindi più riportato nel codice il co. 4 dell'art. 1 del d. lgs. n. 158 del 1995.

Come sottolineato nella Relazione al codice, l'eliminazione dell'elenco delle fattispecie in cui si ritiene ricorrere un diritto speciale o esclusivo dovrebbe rendere più agevole il ricorso alla speciale procedura di cui all'art. 30 della direttiva 2004/17, recepita dall'art. 219 del codice, che prevede l'esenzione delle attività dall'ambito di applicazione delle norme comunitarie sui settori esclusi.

2. L'impresa pubblica.

Un elemento indubbiamente significativo ai fini della delimitazione della categoria dell'impresa pubblica è costituito proprio dalla circostanza che la suddetta disciplina comunitaria sui settori speciali - nel più vasto ambito soggettivo sopra delineato - si applica esclusivamente agli appalti relativi ad opere, servizi e forniture pertinenti agli stessi settori. In tal senso opera innanzitutto l'art. 2 della direttiva 2004/17, il quale stabilisce che la direttiva si applica agli enti aggiudicatori che: a) “*sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una qualsiasi delle attività di cui agli articoli da 3 a 7 (gas, energia termica ed elettricità, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, sfruttamento di un'area geografica a fini di prospezione o estrazione di*

petrolio, gas, carbone o di altri combustibili solidi, oppure a fini di messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali)" e, b), "non essendo autorità pubbliche o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli art. i da 3 a 7 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'Autorità competente di uno Stato membro". La disposizione si completa con la puntuale definizione, negli artt. da 3 a 7, delle attività cui la direttiva trova applicazione (che conferma il disposto dell'art. 6 della direttiva 93/38, a norma del quale la direttiva non si applicava agli appalti che gli stessi enti assegnavano "per scopi diversi dall'esercizio" delle suddette attività speciali) e con la precisazione, nel 40° considerando e nell'art. 30, che la direttiva non deve comunque essere applicata negli anzidetti settori di attività se, nello Stato membro in cui l'attività è esercitata, essa è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

Con specifico riferimento al regime degli appalti affidati da un soggetto qualificabile ai sensi della direttiva 17 come impresa pubblica, in ambiti estranei ai settori speciali, nel vigore della disciplina antecedente al 2004 si era pertanto posto il problema di verificare se sussistesse un ambito di reciproca interferenza tra la disciplina di questi ultimi e quella dei settori ordinari. In particolare occorre quindi verificare: 1) in linea generale, se, fuori dall'ambito oggettivo di applicazione della disciplina settori speciali, potesse trovare applicazione (sempre che ne ricorressero i presupposti) anche ai soggetti operanti in tali settori la direttiva generale, e, 2) in caso di risposta affermativa, se l'applicabilità di quest'ultima disciplina generale si potesse estendere anche alle categorie soggettive prese in considerazione esclusivamente dalla direttiva settori speciali e, in particolare, alle c.d. "imprese pubbliche" (il discorso vale evidentemente negli stessi termini per i privati titolari di diritti speciali o esclusivi nei settori speciali da essa considerati).

Sotto il primo profilo, si rileva che, se gli ambiti di applicazione rispettivamente coperti dalle Direttive generali e da quelle sui settori speciali sono sicuramente diversi e devono pertanto restare distinti, anche in passato si era tuttavia ragionevolmente ritenuto che gli appalti che non rientrassero *ratione materiae* nell'ambito della normativa dei cosiddetti settori speciali potessero nondimeno ricadere, ricorrendone i presupposti, nel campo di applicazione della direttiva generale.

In proposito la Corte di giustizia aveva evidenziato che "il diciassettesimo considerando della direttiva 92/50 precisa che le disposizioni di quest'ultima devono lasciare impregiudicate quelle contenute nella direttiva 93/38, cioè in virtù del principio della specialità della normativa relativa ai settori esclusi. Di conseguenza, quando un appalto è considerato dalla direttiva 93/38 che disciplina uno specifico settore di servizi, le disposizioni della direttiva 92/50, destinate ad applicarsi ai servizi in generale, non si applicano"⁷. In termini ancor più chiari l'Avvocato generale nelle conclusioni formulate nella causa C-513/99, richiamando la suddetta giurisprudenza, aveva osservato che "la direttiva 93/38 costituisce una deroga alle regole generali che, per gli appalti di servizi, sono fissate dalla direttiva 92/50" e come tale non può essere oggetto di interpretazione estensiva con la conseguenza che una gara di appalto per attività diverse da quelle speciali regolate dalla direttiva 93/38, non ricade nell'ambito di applicazione di quest'ultima direttiva, "bensì nella direttiva 92/50 allorché sussistano tutte le condizioni da quest'ultima prescritte"⁸.

Il dubbio è ormai definitivamente risolto dall'art. 9 della direttiva n. 17, ripreso negli stessi termini dall'art. 214 del codice de Lise, che, sotto il titolo "Appalti che riguardano più attività", al punto 2, considera esplicitamente l'ipotesi in cui una delle attività cui è destinato l'appalto sia disciplinata dalla medesima direttiva e l'altra dalla direttiva generale 2004/18, definendola nel senso che "se è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività sia principalmente destinato l'appalto, esso è aggiudicato secondo la citata direttiva 2004/18".

Anche alla luce delle riferite conclusioni dell'Avvocato generale nella citata causa c-513/99, occorre peraltro verificare autonomamente i requisiti di applicazione, soggettivi ed oggettivi, delle

⁷ Sentenza: 7 dicembre 2000, in C-324/98, *Teleaustria*, par. 31

⁸ Cfr. punti 52 e 54

due discipline, con conseguente impossibilità di applicare in via analogica le categorie dell'una a quelle dell'altra⁹.

In altri termini, quando un'amministrazione aggiudicatrice, nella sua accezione più ristretta, di cui all'art. 1, n. 9 della direttiva 18 e all'art. 2, n. 1, lett. a della direttiva 17, offre un appalto per attività diverse da quelle indicate dagli artt. 3-7 di quest'ultima, trova applicazione la prima direttiva; ma, quando ad agire al di fuori di tale schema sia un'impresa pubblica o titolare di diritti speciali od esclusivi (art. 2, nn. 1 lett. b e 2 lett. b della direttiva 17), **nessuna delle due direttive è applicabile.**

Il suddetto rigore interpretativo è imposto a maggior ragione in considerazione dei limiti che una estensione analogica delle categorie dell'una a quelle dell'altra implica all'esercizio della libertà di impresa garantita dall' art. 41 Cost. e dunque nei confronti dei soggetti aggiudicatori che rivestono il carattere di imprenditori. A questo riguardo occorre infatti ricordare che l'impresa, pubblica o privata che sia, può essere soggetta ad obblighi e doveri soltanto se gli stessi trovino un precipuo fondamento nella legge (art. 41, co. 2 e art. 23 Cost.), con conseguente inammissibilità di una lettura analogicamente estensiva delle disposizioni idonee a comprimerne la libertà di iniziativa economica.

Ai fini di cui al secondo profilo considerato, appare quindi indispensabile dare una lettura rigorosa e tassativa dell'ambito di applicazione soggettiva della direttiva generale, con conseguente esclusione di ogni possibilità di trasporre le categorie di soggetti contemplate dalla direttiva settori speciali fuori dallo specifico campo di operatività di tale disciplina eccezionale e derogatoria¹⁰.

Come coerentemente evidenziato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs (in causa C-174/03), una diversa interpretazione potrebbe produrre peraltro un effetto distorsivo della concorrenza in due modi. Da un lato, infatti, essa porrebbe le imprese pubbliche che operano in mercati in cui effettivamente vi è concorrenza in situazione di svantaggio rispetto alle società private concorrenti. Mentre queste ultime sarebbero in grado di concludere liberamente appalti, le prime dovrebbero infatti essere soggette a procedure più gravose, indipendentemente dal fatto che la loro politica nel campo degli appalti sia basata o meno su criteri strettamente commerciali. Dall'altro, detta interpretazione distorcerebbe la concorrenza tra sottosectori che si trovano in un rapporto di concorrenza-intercambiabilità, come il trasporto con autobus e su rotaia, o le varie forme di energia. Tali distorsioni della concorrenza non sono considerate di secondaria importanza dagli operatori economici coinvolti. Peraltro, una delle critiche più frequenti rivolte alla disciplina comunitaria degli appalti pubblici riguarda la sua complessità, la sua rigidità e i costi per conformarsi ad essa che gli enti interessati devono affrontare.

Il principio di proporzionalità, la cui fondamentale valenza nella specifica materia della disciplina dei contratti è stata sottolineata anche dalla Corte costituzionale nella nota sent. 401 del 2007, impone, d'altro canto, che, tra più interpretazioni possibili, si ricorra alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non siano sproporzionati agli scopi perseguiti.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, quando enti classificati come enti aggiudicatori ai sensi della direttiva 2004/17 svolgono le loro attività imprenditoriali in un mercato aperto alla concorrenza, la procedura di evidenza pubblica non ha motivo di trovare applicazione.

Il discorso vale, analogamente, per il codice: le categorie soggettive incluse tra gli enti aggiudicatori nell'ambito dei settori speciali non possono essere automaticamente applicate ai settori ordinari e, se non sono autonomamente prese in considerazione anche dalle norme relative a

⁹ Cons. St., sez. IV, 16 marzo 2004 n. 1644 e Id., sez. V, 10 giugno 2002 n. 3207.

¹⁰ Si conferma pertanto la posizione già espressa nell'*Introduzione* al volume a cura di M.A. SANDULLI, *Organismi e imprese pubbliche*, cit., e più ampiamente sviluppata nel capitolo sull'impresa pubblica in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. GAROFOLI E M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2005, 207 ss..

questi ultimi, non possono essere estensivamente attratte nel regime dei contratti estranei ai settori particolari che, soli, hanno giustificato una diversa e più ampia delimitazione soggettiva.

Con particolare riferimento alle c.d. “imprese pubbliche”, le considerazioni che precedono implicano che esse possono essere assoggettate alla normativa – comunitaria e interna - sui contratti pubblici nei settori ordinari soltanto se ed in quanto eventualmente inquadrabili, per le loro specifiche caratteristiche, in una delle tipologie soggettive da essa contemplate.

Rinviando per il momento alcune necessarie considerazioni sul diritto interno (legate alla circostanza che il codice del 2003 accosta infatti alle tradizionali “amministrazioni aggiudicatrici” considerate dalle direttive sui settori ordinari, una serie di “altri soggetti aggiudicatori”, mutuati dalla normativa sui lavori pubblici, che, almeno in parte, possono presentare momenti di coincidenza con la predetta categoria), nell’ottica puramente comunitaria, esclusa all’evidenza la natura imprenditoriale dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali, il problema si sostanzia in quello dell’eventuale assimilabilità o anche solo compatibilità della categoria dell’impresa pubblica con quella dell’organismo di diritto pubblico. Soltanto se la categoria di organismo di diritto pubblico coincide o è comunque idonea a comprendere quella dell’impresa pubblica, si potrà infatti legittimamente affermare (senza incorrere nel rilevato contrasto con la riserva costituzionale prevista dall’art. 41 Cost.) che anche gli imprenditori pubblici, qualora procedano all’affidamento di contratti estranei alla suddetta disciplina speciale, restano comunque soggetti alle disposizioni della direttiva unificata generale.

Pur dando atto che la materia non è oggetto di interpretazione univoca, non ritengo dovermi discostare dalle conclusioni già espresse in altra sede, nel senso della rinvenibilità nell’ordinamento comunitario di una chiara volontà di distinzione tra la figura dell’ organismo pubblico e quella dell’ impresa pubblica¹¹. Ed invero la direttiva n. 17 (come già in passato la direttiva 93/38) considera, come sopra evidenziato, in modo affatto diverso l’organismo di diritto pubblico (coincidente nella definizione con quella dell’ente di diritto pubblico di cui alla direttiva 93/38) dall’impresa pubblica¹². Tale differenziazione è ancora più netta quando si considera che, anche nella direttiva n. 17, il primo (in termini perfettamente corrispondenti alla direttiva n. 18) è ricondotto alla più ampia categoria delle “amministrazioni aggiudicatrici” (già "autorità pubbliche" nell’art. 1.1 della direttiva 93/38), nella quale, come si è visto, rientrano anche lo Stato e gli enti territoriali, laddove la seconda è considerata autonomamente (art. 2 cit.).

Come è stato correttamente sottolineato in dottrina, questa scelta di esenzione/assoggettamento è solo in apparenza contraddittoria, mentre trova la sua spiegazione nella *ratio* della normativa comunitaria sugli appalti, che è volta a garantire condizioni di non discriminazione non già tra gli appaltanti, ma tra i potenziali appaltatori. Essa pertanto non coinvolge di regola l’impresa pubblica, poiché questa è istituzionalmente sottoposta alle regole della concorrenza e dunque al funzionamento naturale del mercato e non ha quindi bisogno delle regole “artificiali” imposte ai soggetti che, per la loro natura o finalità pubblica, si sottraggono a quest’ultimo. In tale prospettiva, l’assoggettamento delle imprese pubbliche alle regole degli appalti nei settori esclusi si spiega – al pari di tutta la disciplina sui settori esclusi – come un’eccezione, giustificata dal fatto che in questi settori la presenza di particolari interessi pubblici

¹¹ Cfr. G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica organismo di diritto pubblico*, da *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 1284 ss.; *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, *ivi*, 1998, 733 ss.; *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, *ivi*, 1999, 184 ss. La bibliografia sull’organismo di diritto pubblico è evidentemente amplissima: nel rinviare a quella citata *supra*, da R. GAROFOLI ricordiamo qui per tutti il volume di M. P. CHITI, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Clueb, Bologna, 2001 e, da ultimo, D. CASALINI, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, Novene, Napoli, 2003, anche per un’interessante ricostruzione della tematica nell’ordinamento francese; B. MAMELI, *L’organismo di diritto pubblico. profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 2003; M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell’ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Torino, Giappichelli, 2004..

¹² Negli stessi sensi vedi G. GRECO, *opp. cit.*; R. GAROFOLI, *L’organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici nazionali a confronto*, in *Foro it.*, 1998, 134 ss.

altera le condizioni di concorrenza in cui le imprese pubbliche normalmente opererebbero. Mentre, fuori da tali settori, le regole dell'evidenza pubblica non hanno ragione di esistere poiché operano quelle del mercato¹³. E ciò trova conferma nel riferito art. 30, che, in linea con il 40° considerando, coerentemente esclude l'applicazione della direttiva alle attività in concorrenza.

La proposta interpretazione appare del resto in linea con quanto indicato dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitarie, che distinguono nettamente la nozione di impresa pubblica da quella di potere pubblico¹⁴.

Si ricorda, cercando di circoscrivere il richiamo ai fini che qui più specificamente interessano, che, nella definizione datane dal diritto comunitario, l'organismo di diritto pubblico è tale se: a) è stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale; b) ha personalità giuridica; e c) la sua attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico oppure la sua gestione o i suoi organi di amministrazione sono soggetti al controllo di questi ultimi¹⁵.

Alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia è pacifico che i tre requisiti ora indicati devono essere posseduti in maniera cumulativa di modo che l'assenza di anche uno solo di questi comporta l'impossibilità di ascrivere alla categoria di organismo di diritto pubblico il soggetto in questione. E' inoltre incontestabile, sempre secondo la giurisprudenza della Corte, che la qualificazione di organismo di diritto pubblico prescinde dalla natura giuridica privata o pubblica della figura soggettiva di volta in volta presa in esame¹⁶. E' stata altresì ripetutamente affermata l'irrelevanza ai fini di tale qualificazione della circostanza che un soggetto svolga oltre alle "attività di interesse generale, anche altre attività persino esercitate in via prevalente rispetto alle funzioni pubblicistiche, di carattere industriale o commerciale"¹⁷.

Il profilo più problematico è stato finora costituito dall'individuazione del primo requisito: soggetto "istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale", che ha dato luogo a non poche incertezze interpretative¹⁸, che solo oggi, con il contributo della giurisprudenza comunitaria, possono ritenersi, almeno in parte, superate¹⁹.

La nozione di bisogno di interesse generale non avente carattere industriale o commerciale è stata infatti oggetto di puntuale attenzione da parte della Corte di giustizia, la quale, con specifico riferimento al settore dei servizi, ha precisato che ai fini della qualificazione dell'ente aggiudicatore, il carattere non industriale o commerciale dell'attività deve ritenersi essenziale per la verifica della sussistenza del requisito sopra richiamato²⁰. Non tutti i bisogni di interesse generale rivestono invero carattere non industriale o commerciale in quanto il legislatore comunitario ha voluto distinguere tra, da una parte, i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e, dall'altra, quelli privi di tale ultimo carattere²¹. Secondo la Corte, occorre dunque sempre valutare la fattispecie caso per caso ed esaminare in primo luogo se l'attività al cui perseguimento l'ente è preposto sia volta al soddisfacimento di un interesse di carattere generale, e

¹³ E. FERRARI, *L'impresa pubblica tra il Trattato e le direttive comunitarie*, in *Organismi e imprese pubbliche*, cit., 124 ss.

¹⁴ Cfr. Direttiva 80/723 cit. nel testo e C. giust. CE, 16 ottobre 2003, in C-283/00, *Siepsa* par. 76.

¹⁵ C. giust. CE, 15 gennaio 1998, *Mannesmann*.

¹⁶ C. giust. CE, 10 novembre 1998, in C-360/96, *Gemeente Arnhem- BFI Holding*.

¹⁷ C. giust. CE, *Mannesmann*, punto 25.

¹⁸ M. P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, in (M. A. SANDULLI a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè 2004, 69, parla giustamente al riguardo di "definizione-enigma".

¹⁹ V. però M. P. CHITI, *op. ult. cit.*, 69 e 72, nel senso che in questo campo il diritto formato dal giudice comunitario è di stampo prettamente casistico e non offre indicazioni generali, che devono pertanto più coerentemente ricercarsi nel diritto nazionale.

²⁰ C. giust. CE, *Gemeente Arnhem- BFI Holding*, cit.

²¹ C. giust. CE, *Gemeente Arnhem BFI holding*, cit., punto, 36; id, 10 maggio 2001, in C-223/99 e in C-260/99, *Agorà*, punto 32 e da ultimo sentenza del 22 maggio 2003, in C-18/01, *Taitotalo*.

quindi quando tale attività abbia un impatto sulla collettività²². In secondo luogo, e soltanto in caso di esito positivo di tale prima analisi, occorre verificarne la natura non industriale o commerciale. Tale secondo aspetto ha carattere più delicato e sussiste ai sensi della giurisprudenza costante in ordine a quei bisogni che, da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di servizi e beni sul mercato e, dall'altro, al cui soddisfacimento lo Stato preferisce provvedere direttamente ovvero con modalità organizzative tali da consentirgli di mantenere un'influenza dominante²³.

L'esame oggettivo suggerito dalla Corte riguarda il contesto e le modalità specifiche in cui si svolge l'attività dell'ente. In particolare, il fatto che il soggetto operi in un contesto concorrenziale non è considerato di per sé sufficiente ad escludere la natura di "organismo di diritto pubblico", ma non è neppure ritenuto un fattore irrilevante, dato che l'esistenza di una concorrenza può costituire un indizio a sostegno del fatto che un bisogno di interesse generale ha carattere industriale o commerciale²⁴.

Secondo i giudici comunitari, occorre invero prendere in considerazione diversi fattori ed in particolare verificare se il soggetto: a) opera in normali condizioni di mercato, b) persegue scopi di lucro e c) subisce le perdite commerciali connesse all'esercizio della sua attività. In queste ultime ipotesi, sempre nel giudizio della Corte, si potrebbe invero difficilmente sostenere che i bisogni generali perseguiti abbiano carattere non industriale o commerciale. Da questo approccio fattuale, consegue che non vi sarebbe alcuna ragione per applicare in questo ambito le direttive comunitarie in materia di appalti, proprio in considerazione del fatto che un soggetto che persegue uno scopo di lucro e che si assume i rischi connessi alla propria attività non si impegnerà in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate, e in tal modo non potrebbe contravvenire ai principi di trasparenza e concorrenzialità che costituiscono il fondamento stesso della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici²⁵.

Proprio l'accento posto sullo scopo di lucro e sul rischio di impresa che sono l'essenza dell'imprenditorialità dà ragione della distinzione, del resto come si è visto testualmente operata dalla direttiva 93/38 (e significativamente confermata dalla nuova direttiva 2004/17), tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico. A tale proposito occorre ricordare che, nel più generale contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa²⁶ comprende ogni entità che esercita

²² Come ritenuto per l'organizzazione di fiere, nel caso dell'*Ente Fiera di Milano*, su cui v. *infra* nel testo.

²³ C. giust. CE, *Taitotalo*, cit. punto 47 e id. *Siepsa*, par. 80; sul punto si veda anche l'ordinanza del Cons. St. n. 167 del 2004, punti 15 ss.

²⁴ C. giust. CE, *BFI Holding*, cit. punto 48 e 49.

²⁵ C. Giust CE, *Taitotalo*, cit., punto 51; e id. *Siepsa*, par. 81 e 82; inoltre sull'esigenza di un'analisi fattuale si veda sentenza *Truely* punto 44. La *ratio* delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici è che esse si applicano dove non c'è concorrenza e hanno lo scopo di assicurare che non vi sia violazione dei principi di trasparenza e non discriminazione, in quanto attraverso le procedure di evidenza pubblica l'ente finanziato o controllato dallo Stato si lascia guidare da considerazioni diverse da quelle economiche (sentenza 3 ottobre 2000, causa C-380/98 *University of Cambridge*, punto 17). Il profilo è posto acutamente in luce anche da M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società*, cit., 24.

²⁶ Sul concetto di impresa per il diritto comunitario, *ex pluris*, cfr.; D. CORAPI e B. DE DONNO, *L'impresa*, in *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di A. TIZZANO, cit., 1197; L. DI VIA, *L'impresa*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, vol. II, Padova, Cedam, 2003, 54; G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000; R. WHISH, *Competition law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 57; A. GRISOLI, *Impresa comunitaria*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, 281; L. IDOT, *La notion d'entreprise*, in *Revue des Sociétés*, 2001, 191; A. SPATAFORA, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 1990, vol. II, 283 ss.. Per la giurisprudenza cfr., C. giust. CE : *Hofner e Elser*, 23 aprile 1991, in C-41/90; *Job Centre*, 11 dicembre 1997, in C-55/96; P. VERRUCOLI (a cura di), *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano, 1977; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, 281; Per la giurisprudenza cfr., Corte di giustizia sentenze: *Hofner e Elser*, 23 aprile 1991, C-41/90; *Job Centre*, 11 dicembre 1997, in C-55/96; *Wirth*, 7 dicembre 1993, in C-109/92; *Job Centre*, 11 dicembre 1997, in C-55/96. Si veda da ultimo la sentenza *Aok*, 16 marzo 2004, in 264/01, 306/01, 354/01 e 355/01. M. KRAJEWSKI e M. FARLEY, *Limited competition in national health systems and the application of competition law: the AOK Bundesverband case*, in *European Law Review*, 2004, 842; K.P.E Lasok, *When is an Undertaking not an Undertaking?*, in *European Competition Law Review*, 2004, 383.

un'attività economica a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle modalità del suo finanziamento mentre sembra evidente che se un'attività è qualificabile come imprenditoriale non può essere al tempo stesso qualificabile come diretta al perseguimento di fini di carattere "non industriale o commerciale"²⁷.

Da quanto precede discende quindi che la nozione di impresa pubblica non soltanto non coincide con quella di organismo di diritto pubblico (e ciò non pare revocabile in dubbio anche alla stregua del mero dato testuale che li considera separatamente), ma neppure può farsi rientrare (come eventuale *species ad genus*) in tale ultima categoria, la quale, escludendo espressamente gli enti che perseguono fini di interesse industriale o commerciale, non può logicamente comprendere quelli che si caratterizzano per l'esercizio di un'attività economica, con i rischi che ne conseguono. Invero, come giustamente evidenziato in dottrina²⁸, “*se sul piano testuale il requisito del carattere industriale o commerciale è riferito al bisogno, sul piano della ratio legis è riferito anche all'attività in senso oggettivo*”; di talché, quando, a prescindere dal fine generale perseguito, un soggetto privato opera (svolge la propria attività) in una situazione aperta alla concorrenza, non ricorrono i presupposti (necessariamente eccezionali) in nome dei quali il diritto comunitario impone il modello concorsuale oltre la sfera della soggettività pubblica e dunque, in mancanza di ogni concreto “*effetto utile*”, non è dato legittimamente limitare l'autonomia privata e la libertà dell'imprenditore di scegliere il proprio contraente secondo le normali regole del mercato.

La proposta chiave di lettura trova del resto fondamento anche nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale “la nozione di impresa pubblica è sempre stata diversa da quella di organismo di diritto pubblico, in quanto quest'ultimo è creato per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale privi di carattere industriale o commerciale, mentre le imprese pubbliche operano per rispondere ad esigenze di carattere industriale o commerciale”²⁹.

3. I limiti all'applicazione delle norme sull'evidenza pubblica alle imprese pubbliche e/o titolari di diritti speciali o esclusivi.

Le precedenti considerazioni implicano che gli appalti estranei alla direttiva sui c.d. settori speciali, se aggiudicati da imprese pubbliche, non possono essere assoggettati alla direttiva generale unificata, che non comprende espressamente tali soggetti nel proprio ambito di applicazione.

²⁷ Sul punto mi si consenta di richiamare i rilievi già svolti in *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in *Organismi e imprese pubbliche*, cit., 5 ss.. Analogamente, C. GUCCIONE, *Commento alla sentenza della C. giust. CE, 22 maggio 2003, in C-18/01, in Giorn. dir. amm.*, 2003, 1032 ss., e, da ultimo M.G. ROVERSI MONACO, *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 387. In termini critici sulla possibilità che ogni impresa che persegua, anche se indirettamente, bisogni di interesse generale, sia qualificata come organismo di diritto pubblico, determinando una eccessiva espansione delle regole concorsuali, si esprime anche F. CINTIOLI, “*Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (Brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*”, in *Organismi e imprese pubbliche* cit., 82 ss., concludendo testualmente nel senso che dalle norme comunitarie che impongono all'organismo di diritto pubblico il rispetto delle regole sull'evidenza pubblica (necessariamente di stretta interpretazione) “*è errato trarne una sorta di equiparazione tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica. E' errato puntare solo sui bisogni per scovare la qualità industriale o commerciale del soggetto*”, 85 ss.; lo stesso A. nega tuttavia la validità in assoluto dell'opposta regola per cui dove vi è impresa, essendovi assunzione di rischio, non può esservi organismo di diritto pubblico, sottolineando come, ai fini di che trattasi, ciò che conta è il rischio di impresa dal punto di vista delle ricadute all'interno della struttura societaria e cioè il fatto che la logica del profitto possa realmente e costantemente incidere sulla concreta gestione dell'organo amministrativo. Si invoca, al riguardo, la decisione della C. giust. CE, 16 ottobre 2003 in C-283/00 contro il Regno di Spagna sulla società di edilizia penitenziaria in cui il giudice comunitario ha attribuito valore decisivo alla circostanza che, atteso lo scopo perseguito, lo Stato, azionista unico, avrebbe impedito il fallimento della società.

²⁸ F. CINTIOLI, *op. cit.* 83 ss.; v. ora analogamente, riprendendo dichiaratamente le tesi esposte da chi scrive nei saggi richiamati *supra* alla nota 17, F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società* in house, in *Rassegna Astrid* n. 20/2005.

²⁹ C. giust. CE, 15 maggio 2003, in C-214/00, *Commissione c. Regno di Spagna*, punto 44.

Diversamente, quando il soggetto aggiudicatario è un organismo di diritto pubblico, secondo i criteri individuati dalla Corte di giustizia e sopra richiamati, ovvero un'altra amministrazione contemplata da entrambe le direttive, la normativa applicabile sarà quella dei settori esclusi per gli appalti ad essi relativi e quella generale per gli altri appalti.

Le peculiari caratteristiche dell'impresa pubblica e le esigenze di semplificazione sottese alla c.d. "privatizzazione" sono tali peraltro che, anche laddove si ammettesse in via di mera ipotesi la astratta riconducibilità di un'impresa pubblica alla categoria dell'organismo di diritto pubblico, evidenti ragioni di logica e di coerenza imporrebbero che tale ultima qualifica (ed il regime generale che ne consegue in ordine agli appalti) fosse circoscritta all'esercizio di quelle attività nelle quali non prevale il fine di lucro e non sussiste il rischio di impresa. In altre parole, si dovrebbe a mio avviso ammettere la figura del c.d. "organismo di diritto pubblico in parte qua"³⁰.

Occorre però dare conto che tale ipotesi non sembra ad oggi accettata dalla Corte di giustizia. Nell'unica occasione in cui si era pronunciata in modo specifico sul punto, anteriormente all'approvazione delle nuove direttive, la Corte aveva invero testualmente escluso tale possibilità. Il principio non aveva trovato tuttavia conferme nella successiva giurisprudenza, la quale aveva ribadito soltanto che la circostanza che un soggetto svolga anche o addirittura in prevalenza attività commerciale non esclude che esso possa essere considerato organismo di diritto pubblico, dato che l'ente continua a provvedere a bisogni di interesse generale non industriale o commerciale, ma non afferma anche che tale qualifica valga ad attrarre anche le attività private nel regime pubblicistico³¹.

Lo stesso - unico - precedente sopra richiamato giustifica del resto la regola dell'attrazione soltanto con il troppo debole e rischioso richiamo alla necessità di non turbare la certezza del diritto. Si tratta all'evidenza di un argomento che per un verso non appare sufficiente ad incidere sulle surrichiamate garanzie costituzionali della libertà di impresa e per l'altro si rivela non pertinente in tutti quei casi in cui, per il tipo di attività considerata, il dubbio sulla natura non industriale o commerciale e dunque i rischi di incertezza del diritto siano inesistenti³².

Da ultimo³³, la Corte è però tornata esplicitamente sul punto, negando che un'amministrazione aggiudicatrice possa ritenersi sottratta alle regole concorsuali pubblicistiche, ancorché per l'esercizio di attività completamente estranee ai propri fini pubblicistici e svolte in regime di concorrenza. Il principio non può essere comunque ancora una volta avulso dalle fattispecie che la Corte, che non perde la sua veste di giudice, era chiamata a regolare e non può non essere riconosciuto rilievo alla circostanza che le controversie avevano in entrambi i casi come protagonista un comune e non già un organismo di diritto pubblico: anche se è indubbio che il giudice comunitario abbia inteso manifestare una posizione estremamente rigoristica che non lascia molte aperture, non possiamo quindi non evidenziare la differenza tra l'ipotesi decisa dalla pronuncia e quella in cui, attraverso l'attrazione alla disciplina pubblicistica di tutte le attività comunque poste in essere da un soggetto privato inquadrabile, per alcune delle attività che è

³⁰ TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 26 febbraio 2003, n. 1559, in riferimento ai gestori di aeroporti, passata in giudicato. La possibilità che la stessa figura giuridica soggettiva sia tenuta all'applicazione di discipline di volta in volta diverse è sostenuta anche da M. P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, cit. 70, ed ha trovato decisiva conferma, in riferimento proprio alle diverse attività espletate da un'impresa pubblica, in TAR Lombardia, Milano, sez. III, 15 febbraio 2007, n. 266, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2007, I, 25 – con nota di M.R. Spasiano e *ivi*, 2007, I, 1895, con nota di B. RINALDI che ha coerentemente escluso la giurisdizione del g.a. sulla controversia relativa all'affidamento di aree per la ristorazione sull'aeroporto di Milano Malpensa. Particolare considerazione merita, sotto questo profilo, la posizione assunta dal Consiglio di Stato, sez. cons. atti normativi (pareri 13 gennaio 2203 n. 4751 e 1° luglio 2002 n. 1354, in *Cons. St.*, 2003, I, 705 e 2002, I, 2607), che, a proposito delle fondazioni bancarie non associative ha sottolineato che *"la nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico ... non incide né tantomeno altera la natura giuridica (pubblica o privata) dei soggetti cui si riferisce: essa assume rilievo ai soli fini dell'individuazione della normativa applicabile per la scelta della s.g.r. erogatrice di servizi"*.

³¹ C. giust. CE, *Arnhem*, cit., punti 54 e 55.

³² C. GUCCIONE, *Commento* alla sentenza 22 maggio 2003, in C-18/01, cit.

³³ C. giust. CE, 18 novembre 2004, in C-126/03, *Comune di Monaco di Baviera*; Id., 11 gennaio 2005, in C-26/03, *Stadt Halle*: la stessa decisione tuttavia, nella parte dispositiva, sembra di nuovo circoscrivere il proprio ambito di applicazione *ratione materiae*.

chiamato a svolgere, come organismo di diritto pubblico, si determinerebbe una poco coerente (ri)espansione del diritto pubblico in settori che il legislatore ha voluto sottoporre di regola al diritto comune, così invertendo il rapporto tra la regola (il diritto comune) e l'eccezione (il diritto pubblico).

L'irrazionalità del principio dell'attrazione (o, come anche significativamente si definisce, della "contaminazione") in virtù della mera coincidenza soggettiva, assunto come assioma assoluto, appare per vero evidente quando si consideri che, portato alle estreme conseguenze, esso imporrebbe di estendere l'applicabilità delle normative comunitarie anche all'affidamento di attività assolutamente estranee al bisogno per il quale un soggetto è qualificato come organismo di diritto pubblico: sicché ad esempio se l'impresa pubblica affidataria del servizio poligrafico di un Paese membro dedicasse un settore della propria attività alla commercializzazione di giocattoli nello stesso o in un diverso Paese membro, operando quindi per tale settore in quelle condizioni di assoluta concorrenzialità, che la stessa giurisprudenza comunitaria utilizza per negare la natura di organismo di diritto pubblico, nondimeno, secondo la criticata impostazione interpretativa, nel caso in cui tale impresa decidesse di dare in appalto la pubblicità del suddetto settore, essa dovrebbe rispettare le disposizioni per gli appalti pubblici (!!!). L'inaccettabilità di tale estrema conseguenza induce necessariamente a concludere per l'ammissibilità almeno in linea teorica della nozione di organismo di diritto pubblico in parte qua³⁴. Con la conseguente possibilità/necessità di verificare, di volta in volta, la sussistenza dell'elemento funzionale richiesto dalle direttive per giustificare la propria applicazione anche nei confronti di soggetti non propriamente pubblici.

Una questione sostanzialmente analoga è stata per vero recentemente sottoposta all'esame della Corte di giustizia sotto il profilo se un ente aggiudicatore che operi in alcuni casi in una situazione di concorrenza e soltanto per una parte della propria attività in una situazione di monopolio sia, anche per le attività svolte in concorrenza, soggetto all'applicazione delle regole di evidenza pubblica: il TAR Sardegna con ordinanza 1° aprile 2003, n. 69 ha invero testualmente chiesto al supremo giudice comunitario di chiarire se "alla stregua dei considerando contenuti nella direttiva 93/38 una società del settore del trasporto marittimo, che opera in alcuni casi in regime di monopolio di fatto e in altri casi in regime di libera concorrenza, e che usufruisce di aiuti statali deve ritenersi assoggettata sempre alla direttiva comunitaria di cui sopra."

Come sopra evidenziato, la rilevanza dell'elemento oggettivo legato alla natura e alle caratteristiche dell'attività affidata è del resto significativamente confermata dalla direttiva 2004/17 e dalle corrispondenti disposizioni del codice, che, oltre al principio espresso nel più volte richiamato quarantesimo considerando della direttiva e tradotto in termini dispositivi nell'art. 30 di questa e nell'art. 219 del codice, prendono espressamente in esame (art. 9 punto 3 della direttiva e art. 214 co. 4) l'ipotesi in cui l'appalto, accanto ad attività considerate dalla stessa direttiva o, per l'effetto, dalla parte III del codice abbia ad oggetto attività che non sono disciplinate né da questa, né da quella generale, per disporre che, "se è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività l'appalto sia principalmente destinato, esso è aggiudicato ai sensi della presente direttiva" o, rispettivamente, "della presente parte III": ciò che, argomentando a contrario, consente di affermare che ove l'appalto, pur affidato dagli stessi soggetti, concerne soltanto attività diverse o addirittura prevalentemente attività diverse, esso è sottratto all'osservanza delle regole dell'evidenza pubblica³⁵. Il ragionamento diventa più delicato in relazione all'affidamento, da parte dei soggetti considerati come "aggiudicatori" unicamente nell'ambito dei settori speciali, di appalti che investano in prevalenza attività relative ai settori ordinari. Ferma l'impossibilità, anche in questo

³⁴ Cfr. C. GUCCIONE, *op. cit.* Negli stessi sensi M.G. ROVERSI MONACO, *Le figure dell'organismo*, cit., 409.

³⁵ Un eccessivo rigore interpretativo, che riportasse alla sfera del controllo pubblico qualunque attività economica, ancorché svolta in regime di concorrenza, per il solo fatto che il soggetto che la esercita persegue anche bisogni di interesse generale imporrebbe comunque a più forte ragione una attenta distinzione tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico, per evitare una definitiva abdicazione ai vantaggi del modello imprenditoriale in favore di un nuovo irrigidimento del sistema.

caso, di estendere l'ambito soggettivo di applicazione delle norme sui settori ordinari³⁶, l'alternativa che si pone è tra l'applicabilità delle norme sui settori speciali e la totale libertà. Ritengo che una lettura logica del sistema giochi a favore della prima soluzione.

Le riflessioni sopra svolte in riferimento all'ultima parte dell'art. 9 della direttiva n. 17 e dell'art. 214 del codice (e le conclusioni sopra prospettate in ordine all'attenzione del legislatore nazionale e comunitario per il dato oggettivo) possono valere altresì a fornire un'utile chiave di lettura dei limiti logico-sistematici di applicazione dell'art. 32 lett. c di quest'ultimo, che, nella più volte sottolineata *vis expansiva* delle disposizioni di parte generale verso categorie di soggetti diversi dalle tradizionali amministrazioni aggiudicatrici, mutuando una categoria già introdotta dalla legge Merloni, include tra i contratti soggetti alla parte II, quelli concernenti l'affidamento di: "lavori, servizi, forniture dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori od opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli artt. 113, 113-bis, 115 e 116 del d.lgs. 18 agosto del 2000, n. 267, testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali". Un'interpretazione strettamente letterale e formalistica della disposizione potrebbe sproporzionatamente indurre a sottoporre al codice ogni contratto posto in essere dai soggetti sopra indicati, che, come si è visto, comprendono anche le società partecipate in misura del tutto marginale dalla mano pubblica, indipendentemente dalla riconducibilità del suo oggetto alle attività contemplate dalla norma e in particolare ad un settore in regime di concorrenza: ciò che integrerebbe però ancora una volta un limite all'iniziativa economica privata del tutto sproporzionato e non giustificato, in contrasto con lo spirito dei richiamati artt. 9 e 30 della direttiva 17 e 214 e 219 del codice.

Il criterio di interpretazione logico-sistematico induce quindi, ancora una volta, ad integrare l'elemento soggettivo con quello oggettivo, circoscrivendo l'ambito di cogenza delle norme sull'evidenza pubblica ai settori di attività che, per le loro particolari ed eccezionali caratteristiche, giustificano la deroga al principio generale di autonomia della gestione della sfera economica privata.

Un importante elemento di valutazione nel dibattito che, prevedibilmente, sarà aperto sul tema, e, in termini più generali, nella soluzione della più ampia questione dei limiti di applicazione delle regole fissate dal codice in relazione all'attività costituente l'oggetto specifico del contratto, dev'essere a mio avviso rinvenuto nella disciplina dei servizi postali.

E' significativo al riguardo che tanto l'art. 6 della direttiva n. 17, quanto l'art. 211 del codice, operano un'esplicita distinzione tra servizi postali e "*servizi diversi da quelli postali*", restringendo il proprio ambito di applicazione in riferimento a questi ultimi alla duplice e concorrente condizione che essi siano forniti da un ente che fornisce anche i servizi postali e che questi ultimi non siano gestiti in regime di concorrenza. L'attenzione dedicata alla disciplina dello svolgimento di attività diverse da quelle "*postali*" e la soluzione normativa specificamente accolta dimostrano invero, per un verso, che soltanto la situazione di monopolio vantata da un ente in ordine a questi ultimi (e non quindi il mero fatto della sua eventuale appartenenza alle categorie dell'organismo di diritto pubblico o dell'impresa pubblica) può esercitare una *vis* attrattiva alla sfera pubblicistica delle attività ad essi connesse e, per l'altro, che tale attrazione non costituisce un principio generale – valido per tutte le attività e per tutti i settori speciali – bensì una regola particolare che il legislatore comunitario ha significativamente avvertito la necessità di enunciare per i servizi connessi a quelli postali, fornendone un'elencazione puntuale e tassativa.

³⁶ Una tale estensione non appare legittimata neppure alla stregua dell'art. 32 del codice, che, in difetto di diverse, esplicite, previsioni, deve essere letto in coerenza con le disposizioni della normativa speciale da esso stesso richiamate (alla lett. h) e dunque, nel fare riferimento ai contratti per i quali l'art. 214 prevede l'applicazione delle norme sui settori ordinari, ha la forza proprie delle mere disposizioni di rinvio e non può valere ad allargare la portata precettiva della disciplina ordinaria.

4. La posizione della giurisprudenza nazionale.

Tornando a focalizzare l'indagine sulla nozione di impresa pubblica, si rileva che neppure la giurisprudenza nazionale ha fornito univoci criteri interpretativi.

Alla luce di quanto sopra osservato, mentre una più attenta giurisprudenza della C. Cass. sembra invero confermare la distinzione impresa pubblica/organismo di diritto pubblico (giungendo conseguentemente a negare la natura di organismo di diritto pubblico agli enti pubblici economici)³⁷, in altre occasioni si riscontra invero una certa confusione in ordine alle diverse categorie di enti aggiudicatori previste dalle direttive generali e da quella sui settori esclusi, e di conseguenza agli ambiti di applicazione delle due normative³⁸, o in ordine alla giurisdizione sulle controversie che li vedono coinvolti, fino ad attrarre alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative ad affidamenti operati da privati affermandone apoditticamente l'applicazione "anche quando l'affidamento non sia strumentale alla gestione di un appalto"³⁹.

Cercando di ricostruire il percorso seguito dalla nostra giurisprudenza sui diversi profili sopra evidenziati, ne emerge innanzitutto che, ai fini dell'identificazione dell'organismo di diritto pubblico, la forma societaria è considerata neutra, mentre assume rilievo la verifica della struttura organizzativa dell'ente e delle attività da esso esercitate. E' stato infatti innanzitutto sottolineato che il perseguimento di uno scopo pubblico non è in contraddizione con il fine societario lucrativo descritto dall' art. 2247 c.c..⁴⁰ Argomentando da tale premessa, è stato conseguentemente affermato che il fine di gestione, in via esclusiva, di un servizio pubblico, in presenza degli altri requisiti del controllo e del finanziamento pubblico, è sufficiente a qualificare una società privata come organismo di diritto pubblico⁴¹, mentre tale natura è stata negata ad una società per azioni nel cui statuto sia prevista (sia pure come possibilità alternativa) la distribuzione degli utili in relazione alle azioni possedute⁴².

Con specifico riferimento alla dicotomia organismo di diritto pubblico/impresa pubblica, il Cons. St., in riferimento a Poste Italiane s.p.a. ne ha poi espressamente negato la sussistenza, affermando che *"per bisogno non commerciale o industriale non si intende la non imprenditorialità della gestione, ma la funzionalizzazione per il soddisfacimento di bisogni generali della collettività"*, concludendo poi per la natura pubblica della predetta società *"sulla base di un criterio di pubblicità, non già formale, ma sostanziale, fondato sul dato relativo, sul piano strutturale, all'esercizio da parte dei poteri pubblici"* estranei alla compagine societaria di una influenza dominante sulla proprietà e sulla attività di gestione *"condizionata alle direttive e alle intese di tali soggetti estranei"* e, sul piano funzionale al fine della gestione di un servizio pubblico⁴³.

La pronuncia, che estendeva peraltro la natura pubblica all'attività di bancoposta (estranea alla funzione di fornitore del servizio universale affidata alla Società ed annoverata infatti dal

³⁷ Cass. civ., sez. un., 20 novembre 2003, n. 17635, in *Giust. civ. Mass*, 2003, 11. Si ricorda che invece in passato le stesse Cass. civ., sez. un., 13 febbraio 1999, n. 64, Id., 12 giugno 1999, n. 332 e Id., 30 giugno 1999, n. 363 avevano dichiarato l'irrelevanza ai fini comunitari della natura privata dell'ente, riconoscendo di conseguenza l'applicabilità della medesima normativa anche alle società per azioni, alle aziende speciali e agli enti pubblici economici.

³⁸ Si veda ad esempio l'ordinanza Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2004 n. 167, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2004, 394, che, in riferimento alla Soc. "Grandi Stazioni", da una parte ne afferma il carattere di impresa pubblica (punto 5.1), e dall'altra la qualifica come organismo di diritto pubblico, negandone il rischio di impresa.

³⁹ Cass. civ., sez. un., 27 gennaio 1995 n. 1479 e 17 aprile 2002 n. 5487.

⁴⁰ C. Cost., 28 dicembre 1993 n. 466 e Id., 11 dicembre 1995 n. 498, in *Giust. Civ.*, 1996, vol. I, 659; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1206, in *Foro amm.*, 2001, 614 e Id., 28 ottobre 1998 n. 1478, in *Foro amm.*, 1998, fasc. 10; si veda anche l'art. 18 co 9 l. n.887 del 1984. *Contra* A. POLICE., *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di "diritto speciale": problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 159 ss. e spec. 184 ss.

⁴¹ Cons. St., sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, cit., relativa a Interporto Toscano s.p.a., su cui v. le note di R. GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali, organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrici, riparto per blocchi di materie (d.lg. 80 del 1998)* in *Foro. It.* 1999, III, 178 ss. e di E. CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urb. e app.*, 1999, 71 ss..

⁴² Cons. giust. sic., 11 giugno 1996, n. 323, in *Giust. amm. siciliana*, 1997, 91.

⁴³ Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro amm.*, 2001, 614.

legislatore comunitario e nazionale tra i “servizi diversi da quelli postali”), non sembra tuttavia invocabile come un precedente decisivo di ordine generale, in quanto:

- a) giustifica solo il carattere generale del bisogno senza spiegarne la natura “non industriale o commerciale”;
- b) trae argomento dal fatto che lo statuto giuridico che disciplina i profili soggettivi dell'ente pone allo stesso un vincolo di scopo definito sulla scorta di determinazioni proprie di soggetti pubblici estranei alla compagine societaria (nella specie, direttive ed intese di Ministri estranei a quest'ultima)⁴⁴.

Il ragionamento è infatti meglio sviluppato in una successiva decisione⁴⁵, la quale opportunamente sottolinea l'esigenza di “*selezionare*”, in relazione alle attività poste in essere dal privato gestore di servizi pubblici, accanto a quelle propriamente gestionali (senza dubbio soggette alle regole di imparzialità e trasparenza che caratterizzano l'azione dei pubblici poteri) quelle comunque “*strumentali al perseguimento imparziale dell'interesse pubblico sotteso alla gestione stessa*” (soggette pertanto alle medesime regole) da quelle per le quali tale rapporto non sussiste. Ed ha in proposito affermato che la particolare conformazione pubblicistica di taluni gestori, secondo la pronuncia nel caso Poste, unitamente a talune anomalie di struttura e di funzionamento sintomatiche del persistente e stretto legame tra gli stessi e la mano pubblica, oltre che della reale capacità di quest'ultima di incidere dall'esterno sull'attività del gestore, non possono non condizionare l'individuazione delle operazioni che, pur non riguardanti la gestione in senso stretto, sono da considerare unite alla stessa da un nesso di strumentalità. In altri termini, sottolinea testualmente la sentenza, “la strumentalità delle residuali attività rispetto all'efficace gestione va intesa in senso più elastico allorché l'organismo societario deputato all'espletamento del servizio sia sottoposto – in forza dello statuto giuridico che disciplina i profili soggettivi dell'ente, prima ancora che quelli oggettivi concernenti l'attività – ad un vincolo di scopo, attestante la sua necessaria funzionalizzazione ad un interesse, di tipo spiccatamente pubblico, definito sulla scorta di determinazioni proprie di soggetti estranei alla compagine societaria”. A conferma della validità della tesi qui sostenuta, il Consiglio di Stato àncora dunque sostanzialmente quella che esso stesso riconosce una “*dilatazione dell'area di strumentalità all'interesse pubblico (cui si correla la soggezione alle predette regole di trasparenza)*” alla circostanza che la gestione di un servizio pubblico sia “*affidata a soggetti a forte impronta, se non addirittura a natura pubblica, trattandosi, infatti, di soggetti per i quali il dovere di imparzialità rinvia non solo dalla natura dell'attività espletata, ma anche dal persistente collegamento strutturale con il potere pubblico*”.

Anche in riferimento alla società (a prevalente partecipazione pubblica) autorizzata *ex lege* alla gestione degli aeroporti (privati) di Milano Linate e Malpensa (S.E.A. s.p.a.), la giurisprudenza, pur senza mai giustificare tali affermazioni, aveva poi indifferentemente parlato di impresa pubblica⁴⁶ e di organismo di diritto pubblico⁴⁷: soltanto una più recente pronuncia il TAR Lombardia ha affrontato *funditus* la questione a proposito dell'affidamento di aree per la ristorazione all'interno delle aerostazioni, risolvendola nel primo senso, per poi circoscriverne la soggezione alle regole sull'evidenza pubblica limitatamente ai contratti affidati nei settori nei quali essa è titolare di diritti speciali ed esclusivi⁴⁸. La distinzione tra le due categorie sembra analogamente chiara a TAR

⁴⁴ Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2002 n. 1303, in *Foro it.*, 2003, vol. III, 238.

⁴⁵ Cons. St., sez. VI, 24 maggio 2002 n. 2855, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, 1325.

⁴⁶ Cons. St., sez. VI, 1° aprile 2000, n. 1885, con nota di F. CARINGELLA, *Il Consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2000, 534 ss.

⁴⁷ Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2004, n. 1332, in *Foro amm.-CdS*, 2004, 918.

⁴⁸ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 15 febbraio 2007, n. 266, cit. Sulla stessa linea si è posta del resto, nel medesimo arco temporale, la Corte d'Appello di Milano, che, con ordinanza sez. I, 6 febbraio 2007 (nel giudizio iscritto al n.R.G. 4075/2006), in riferimento alle comuni attività commerciali che vengono svolte a livello meramente accessorio all'interno del sedime aeroportuale, come l'attività di ristorazione, di vendita di spazi pubblicitari e di prodotti destinati ai normali consumatori, chiarisce che la società di gestione aeroportuale (nella specie S.E.A. S.p.a.) “*è libera di affidare la gestione e l'esercizio della suddetta tipologia di servizi commerciali a partners di suo gradimento, senza particolari vincoli, come non ha particolari vincoli chi, essendo proprietario di una certa area, decida di concederla in uso a terzi per l'esercizio di un'attività commerciale*”; in particolare, l'ordinanza – confermata in sede di riesame con ord. 31

Veneto⁴⁹, che, evidenziando l'allargamento del *genus* delle amministrazioni aggiudicatrici ad opera della direttiva sui settori esclusi, correttamente ascrive la SAVE (società privata di gestione dell'aeroporto di Venezia), alla specie impresa pubblica, anche se la stessa pronuncia incorre poi nelle medesime critiche mosse alle decisioni su Poste Italiane s.p.a., laddove limita la verifica della qualifica di organismo di diritto pubblico per la società subconcessionaria al test positivo sulla generalità dei bisogni, negando contraddittoriamente rilevanza al parametro della imprenditorialità.

La medesima confusione sembrerebbe aver informato la qualifica di organismo di diritto pubblico delle società concessionarie delle autostrade⁵⁰.

Una evidente confusione sul carattere di bisogno generale e su quello di bisogno non industriale/commerciale è riscontrabile ancora nella prima giurisprudenza del Consiglio di Stato sull'Ente Fiera⁵¹, successivamente contraddetta, prima ancora che dalla Corte di giustizia⁵², e dalla Corte di Cassazione⁵³, dallo stesso massimo giudice amministrativo, che, tornando sulla questione, escluse l'Ente in oggetto dal novero delle Amministrazioni aggiudicatrici, argomentando dal fatto che l'attività di promozione commercializzazione di prodotti e servizi è "complementare all'attività imprenditoriale"⁵⁴. La predetta prima pronuncia è stata infatti oggetto di fondate critiche da parte della dottrina, che ha in proposito osservato come un orientamento interpretativo che intenda considerare la disposizione nella sua interezza non può prescindere dal valutare in concreto se i bisogni di interesse generale per il cui soddisfacimento l'ente è istituito abbiano carattere non commerciale/industriale, ovvero, aderendo ad altra tesi interpretativa, se l'attività concretamente svolta dall'ente presenti o meno tale carattere⁵⁵.

Per il difetto di quest'ultimo requisito, la Cassazione⁵⁶ aveva appunto, come noto, escluso la riconducibilità alla categoria dell'organismo di diritto pubblico della Società Siena Parcheggi s.p.a., mentre, argomentando dall'assenza di ogni finalità di lucro, vi ha più recentemente incluso il Consorzio dei comuni della provincia di Bolzano, costituito allo scopo di assumere l'organizzazione dell'acquisto di materiale scolastico sul mercato concorrenziale⁵⁷.

maggio 2007 (nel giudizio iscritto al n. R.G. 651/07) ha sottolineato la distinzione tra il mercato dei servizi aeroportuali e quello delle attività commerciali liberamente svolte sul sedime, riconoscendo di conseguenza l'autonomia di SEA in ordine all'affidamento di spazi per l'impacchettamento dei bagagli all'interno dell'aerostazione.

⁴⁹ TAR Veneto, sez. III, 26 maggio 2003, n. 3014; analogamente, Id, sez. I, 28 marzo 2007 n. 1029, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2007, 3, 86, annotata criticamente da M.G. Roversi Monaco,....in corso di pubblicazione, *ivi*, fasc. 11, che tuttavia, attraverso un'impropria estensione delle finalità pubblicistiche all'affidamento della gestione delle aree di ristorazione interne all'aeroporto, ne afferma la soggezione alle regole dell'evidenza pubblica.

⁵⁰ TAR Lazio, sez. III, 30 ottobre 2001, n. 8897 e Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090. Al riguardo, si veda anche TAR Friuli-Venezia Giulia, 19 giugno 2000, n. 515, nel senso che la s.p.a. Autovie Venete, istituita per la costruzione e l'esercizio di autostrade nelle Venetie e concessionaria dell'ANAS per la costruzione e l'esercizio di alcuni tratti autostradali, persegue la soddisfazione di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale dovendo la loro soddisfazione essere assicurata e non affidata alla logica del mercato.

⁵¹ Cons. St., sez. VI, 21 aprile 1995 n. 353, con commenti di B. MAMELI, in *Giur. It.*1995, III, 1, 525 e di M. GOLA, *Appalti di opere ed enti pubblici economici: una questione da approfondire*, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, 667.

⁵² Cons. giust. sic., 10 maggio 2001, n. 223. Il carattere economico dell'attività fieristica è stato parimenti ribadito da C. giust. CE, 15 gennaio 2002, in causa C-439/99.

⁵³ Cass. civ., sez. un., 4 aprile 2000, n. 47.

⁵⁴ Cons. St., sez. VI, 16 settembre 1998, n. 1267, con commento di G. PASQUINI, *Un révérement sull'organismo di diritto pubblico: il caso Ente Fiera di Milano*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 17.

⁵⁵ R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro. it.* 1998, 142.

⁵⁶ Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991.

⁵⁷ Cass. civ., sez. un., 5 febbraio 1999, n.24

La distribuzione degli utili, come indice del fine di lucro è stata considerata elemento decisivo al fine di escludere la natura di organismo di diritto pubblico dal Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana⁵⁸.

Ai fini che qui interessano merita poi segnalare che i criteri in base ai quali verificare la riconducibilità dei singoli enti a quest'ultima categoria sono stati individuati dalla più attenta dottrina nell'espletamento di un'attività diretta al soddisfacimento di bisogni generali, purché non suscettibili di essere soddisfatti mediante la produzione di beni ovvero fornendo direttamente servizi alla collettività: in particolare sono state quindi ricondotte alla nozione in esame quelle società che, pur esercitando un'attività di tipo commerciale, non prestano servizi in favore dei singoli e molteplici consumatori, ma svolgono attività di sostegno e promozione di altrui attività economiche, ovvero quelle che perseguono il soddisfacimento non già di bisogni diffusi, bensì di esigenze di singoli enti⁵⁹.

Tale interpretazione è, come si vede, opportunamente più ristretta rispetto a quella secondo la quale vi sarebbero riconducibili tutti gli enti la cui attività sia finalizzata a produrre utilità strumentali per l'interesse generale e comunque aventi carattere non industriale/commerciale in quanto non "assoggettate a regole di mercato" e dunque non perseguite sulla base di criteri strettamente imprenditoriali⁶⁰. La richiamata dottrina, in diversa occasione, ha negato del resto coerentemente la compatibilità della nozione di organismo di diritto pubblico con quella di impresa pubblica⁶¹.

Nella giurisprudenza nazionale è inoltre come si è visto comparsa la figura dell'organismo di diritto pubblico in parte qua⁶².

Ai fini che si considerano, occorre in ogni caso distinguere se le attività poste in essere dalla società privata affidataria di un pubblico servizio siano comunque, direttamente o indirettamente, strumentali a quest'ultimo, posto che in tal caso sono pacificamente considerate espressione di un potere di natura pubblicistica⁶³ epperò all'evidenza ne hanno anche il carattere funzionale ("non industriale o commerciale"). In proposito merita quindi evidenziare che la giurisprudenza ha ad esempio riconosciuto la destinazione ad un pubblico servizio dei locali di un palazzo municipale dati in gestione a privati per l'utilizzazione come bar, in quanto volti a fornire un servizio ai dipendenti dell'ente per facilitare l'espletamento delle loro mansioni⁶⁴; e ad analoghe conclusioni è pervenuta per la gestione dei locali destinati alla ristorazione all'interno di ospedali⁶⁵, mentre, ha ricondotto alla disciplina comunitaria l'appalto affidato da un'impresa operante nell'ambito dei settori esclusi per la ristorazione dei propri dipendenti, in ragione del rapporto funzionale con l'esercizio delle attività istituzionali dell'ente aggiudicatore⁶⁶, (e dunque, argomentando *a contrario*, consentendo di escludere l'applicabilità di tale disciplina per la ristorazione a terzi). L'incertezza che connota la materia è peraltro dimostrata dalla circostanza che, pur senza affrontare il problema

58 Cons. giust. sic., sez. cons., 11 giugno 1996, n. 323

59 R. GAROFOLI, *op. ult cit.*, 148.

60 L. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 355.

61 Negli stessi sensi, D. PALLOTTINO, *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche e organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale* (nota a TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868, in *Foro amm. - TAR*, 2003, 2343, richiamando il dato testuale del punto 44 sent corte UE, in C-214/00 già menzionato, in linea con la posizione che sembra avere assunto il TAR Sardegna, con il ricordato rinvio alla Corte di Giustizia.

62 Oltre che dal TAR Lazio, nella citata decisione sui diritti aeroportuali, la posizione sembra condivisa anche da TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20 agosto 1998, n. 1955, nella parte in cui, dando peraltro una lettura coerentemente restrittiva anche della stessa sentenza *Mannesmann*, afferma che "non pare ...possibile dubitare che, a fronte di un rilevante interesse della collettività nazionale e locale al suddetto recupero, la Bagnoli S.p.A non sia quanto meno limitatamente alla gestione di tale impegnativa attività, incondizionatamente equiparabile ad un organismo di diritto pubblico, con conseguente attrazione della insorta controversia nell'area della giurisdizione amministrativa...".

63 TAR Toscana, 21 aprile 1998 n. 151 e TAR Veneto, n. 1861 del 1996; v. anche Cass. n. 114 del 1992.

64 Cass. civ., sez. II, 192000 n. 6482.

65 Cass. civ., sez. un., 21 luglio 1998 n. 7131 e Id., 29 marzo 1994 n. 3075; TAR Puglia, Bari, 11 settembre 2002 n. 3926.

66 TAR Lombardia, sez.III, 13 aprile 1999, n. 1182.

sotto il profilo oggettivo dell'inerenza dell'attività al perseguimento del bisogno di interesse generale, è stata affermata la soggezione alle regole dell'evidenza pubblica dell'affidamento della gestione degli spazi commerciali interni all'aeroporto⁶⁷, mentre un'isolata giurisprudenza⁶⁸ ha addirittura ricondotto il rapporto di concessione e subconcessione di attività di vendita di articoli determinati e di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande nelle medesime aree all'affidamento di pubblici servizi. Come sopra ricordato, la questione è stata però recentemente approfondita dal TAR della Lombardia, che, dopo un'attenta ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, ha concluso per una lettura coerentemente restrittiva dell'ambito di applicazione delle regole sull'evidenza pubblica, insuscettibile di estensione a settori, come quello dell'affidamento di aree di ristorazione all'interno dell'aeroporto, in relazione ai quali la mera circostanza della dominanza pubblica sull'impresa pubblico non è in grado di alterare il mercato⁶⁹.

Analogamente significativa appare ai suddetti fini la più recente evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di affidamento della gestione delle aree di sosta sulle autostrade. Il profilo è stato affrontato preliminarmente in sede giurisdizionale.

Nel febbraio 2003, le sezioni unite della Corte di Cassazione⁷⁰ hanno invero affermato la giurisdizione ordinaria su una controversia relativa al rapporto contrattuale tra il concessionario autostradale e i suoi contraenti per l'attività di gestione degli spazi pubblicitari nelle aree di sosta, in quanto estranee all'esercizio dell'infrastruttura autostradale, né comunque ad esso connesse in via strumentale od accessoria.

Con una successiva decisione⁷¹, il TAR del Lazio senza negare validità ai principi affermati dalla S.C., ne ha però negato l'applicabilità alla gestione delle aree di ristoro, in ragione, per un verso dalla relativa inaccessibilità a terzi e per l'altro dal carattere necessario (dovuto) che l'attrezzatura di tali aree e dunque la loro gestione assume per il concessionario dell'autostrada. Argomentando quindi ancora una volta a contrario, i giudici amministrativi finiscono in sostanza per confermare che, fuori da queste ipotesi, non ricorrono i presupposti per la soggezione alle regole di evidenza pubblica. La giurisprudenza da ultimo richiamata sembra dunque costituire lo sviluppo, in senso opportunamente restrittivo, della linea tracciata dalle stesse Sezioni Unite con la sent. n. 40 del 2000, nel senso che gli atti posti in essere dal concessionario in forza della concessione e che esso non avrebbe potuto compiere senza concessione, non sono attività di diritto privato e non possono essere privatizzate soltanto per il fatto che sono poste in essere da soggetti privati.

E' del resto significativa la circostanza che la questione abbia dovuto recentemente trovare una soluzione legislativa, ad opera del d.l. n. 262 del 2006, conv. nella l. n. 286 del 2006, che, ponendo fine al dibattito, ha sostanzialmente equiparato ai suddetti fini i predetti soggetti privati alle amministrazioni aggiudicatrici in senso proprio, assoggettandoli integralmente alla più rigida disciplina prevista per queste ultime dal citato codice dei contratti pubblici, con la sola eccezione, introdotta dalla legge finanziaria 2007, degli appalti di servizi e forniture inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria. Ancora una volta, come per i servizi diversi da quelli postali, l'intervento specifico del legislatore conferma la portata eccezionale e derogatoria della regola rispetto ai principi generali, che, alla luce di quanto sopra considerato, non possono spingere ad una integrale

67 TAR Veneto, sez. III, 26 maggio 2003, n. 3014, cit., che peraltro, per un verso dilata la nozione di organismo di diritto pubblico, al dichiarato fine di garantire la piena applicazione delle direttive comunitarie (sugli appalti), e per l'altro non spiega con quale ingiustificabile - ed infatti non giustificato - salto logico, la riferisce anche all'affidamento della gestione delle aree commerciali, che non hanno però alcuna attinenza con gli appalti. La decisione è stata peraltro riformata da Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2004 n. 6481, che, nel rilevare come una gara nel caso di specie vi fosse stata, non ha affrontato direttamente la questione della doverosità o meno della stessa per l'affidamento della gestione delle aree commerciali.

68 TAR Piemonte, sez. II, 25 gennaio 2003, n.108.

69 Cfr. le ordd. C. appello Milano, richiamate *supra*, alla nota 53

70 Cass. civ., sez. un., 24 febbraio 2003, n. 2817, confermata nei contenuti che qui interessano da Cons. St., sez. VI, 21 luglio 2003, n. 4205.

71 TAR Lazio, Roma, Sez. III, 20 marzo 2004, n. 2703.

attraZIONE alla normativa pubblicistica di ogni attività svolta dai privati in qualsiasi modo legati alla sfera pubblicistica.

Il problema ha formato inoltre, come noto, oggetto di particolare attenzione in riferimento alle attività di gestione del patrimonio immobiliare di Ferrovie dello Stato s.p.a., da parte della Soc. Grandi Stazioni s.p.a. (GS), costituita dalla stessa FFSS, che partecipa al suo capitale nella misura del 60%. Con sentenza del 6 ottobre 2003, n. 5902, la V sezione del Consiglio di Stato aveva (coerentemente) negato la qualifica di organismo di diritto pubblico alla suddetta società, argomentando dal fatto che il patrimonio immobiliare che essa è chiamata a gestire non è destinato al servizio di trasporto ferroviario, ma è solo fisicamente ed occasionalmente collegato agli immobili delle stazioni e di conseguenza GS, avendo finalità commerciali, difetta del terzo requisito necessario per essere qualificata come organismo di diritto pubblico. La pronuncia faceva leva anche sullo scopo sociale, genericamente comprensivo della gestione e valorizzazione di complessi di stazione e dunque anche di beni non rigorosamente destinati al trasporto ferroviario o a servizi ad esso complementari od attinenti; e sulla circostanza che il contratto con FS esclude dall'affidamento le infrastrutture ed impianti attinenti alla circolazione dei treni ed alle infrastrutture ferroviarie, con conseguente esclusione di ogni interferenza di GS sugli impianti ferroviari: tale circostanza escluderebbe anche il carattere di pertinenza degli immobili in questione rispetto ai beni destinati al servizio ferroviario, ai quali sarebbero legati da un rapporto meramente fisico ed occasionale, siccome confermato anche dal fatto che GS non ha poteri espropriativi. L'acquisizione dei beni nel patrimonio di FS a titolo di proprietà esclude del pari che essi possano essere considerati alla stregua dei beni demaniali. Tutto ciò premesso, la sentenza nega la qualifica di organismo di diritto pubblico sottolineando che il carattere commerciale dell'attività va riconosciuto nel fatto che i detti beni sono posti sul libero mercato per qualsiasi utilizzazione se ne voglia fare, non differenziandosi in ciò dalle attività di sfruttamento economico dei propri beni da parte di qualunque privato. Né tale qualifica può esserle riconosciuta in via transitiva per il fatto di essere partecipata e finanziata da un organismo di diritto pubblico. Ciò che più conta ai nostri fini è peraltro il rilievo (punto 16) che *"una gestione anche senza fini lucrativi fondata su criteri di rendimento, di efficienza e di redditività esclude che l'ente che così operi sia qualificabile come odp"*. Per completezza si osserva poi che la sentenza ha anche escluso la riconducibilità di GS alla categoria delle società con capitale pubblico che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza: a tale conclusione il Consiglio di Stato è pervenuto affermando che la peculiare natura del mercato di riferimento non vale ad eliminare la presenza di una domanda e di un'offerta.

La questione è stata però riaffrontata dalla VI sezione, che, risentendo della criticata confusione tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico, ha rimesso all'esame all'adunanza plenaria le questioni se⁷²:

- l'ambito della direttiva settori esclusi si estenda anche alla gestione degli impianti terminali di trasporto ferroviario e dunque agli appalti di pulizia delle stazioni ferroviarie e, di conseguenza, se ad essi trovi applicazione il d. lgs. n. 157 del 1985 ovvero il d. lgs. n. 158 del 1985;
- se GS sia o meno un'impresa pubblica *"qualora si ritenga applicabile il d. lgs. n. 158 del 1995"*;
- se, infine, GS sia o meno un organismo di diritto pubblico.

Appare peraltro estremamente significativo ai fini della presente indagine la circostanza che la pronuncia in primo tempo distingue tra le diverse attività poste in essere da GS, così sostanzialmente aprendo la strada alla tesi dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*, anche se nel passo immediatamente successivo vi *"rinuncia"* invocando in senso contrario la giurisprudenza favorevole alla c.d. *"attraZIONE"*.

Pur correttamente ricordando che la C. giustizia⁷³ lega il carattere industriale o commerciale non tanto e non soltanto allo svolgimento dell'attività in regime di concorrenza, ma anche e soprattutto all'assunzione del rischio di impresa e dunque del rischio di perdita economica (così

72 Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2004 n. 167.

73 C. giust. CE, sentenza *Taitotalo*, cit.

implicitamente confermando la dicotomia ip/odp), l'ordinanza giunge tuttavia, in termini a mio avviso poco convincenti, a negare tale rischio quando dalle concrete circostanze si evinca che la società beneficia di un finanziamento pubblico per l'esercizio della sua attività, che sarebbe in ogni caso ricapitalizzata e mai lasciata fallire e che il suo scopo principale, al di là del profitto, sia il perseguimento di un interesse generale (incorrendo in quest'ultima parte ancora una volta nella confusione tra bisogno generale e bisogno non industriale o commerciale).

Ciò premesso in termini generali, la pronuncia evidenzia come GS sia istituita per scopi diversi ed afferma testualmente che *"in particolare, è da qualificare come interesse generale quello della corretta ristrutturazione, manutenzione e utilizzazione degli spazi di stazione costituenti infrastruttura ferroviaria o a questa direttamente connessi e strumentali, atteso che la stazioni ferroviarie sono utilizzate dalle collettività indifferenziate precipuamente per la fruizione del servizio di trasporto ferroviario"* e ancora *"il servizio di pulizia di infrastrutture ferroviarie e di spazi strettamente connessi al servizio di trasporto ferroviario, quali sale di attesa, biglietterie, posti di polizia, depositi bagagli, assume i connotati di servizio strumentale al servizio pubblico di trasporto ferroviario, volto a soddisfare un bisogno di interesse generale non avente carattere commerciale o industriale"*, e che per ciò che attiene all'utilizzo e riqualificazione e manutenzione delle stazioni, GS è monopolista, in quanto le è concesso *"lo sfruttamento economico in esclusiva"* dei relativi complessi immobiliari; inoltre, con specifico riferimento al servizio di pulizia, l'ordinanza rileva che GS non ne assume in proprio il rischio ed il costo, gravante invece sugli utenti dei complessi immobiliari, tra cui FFSS, a nulla rilevando, in questo quadro, il criterio imprenditoriale che connota la gestione delle stazioni, posto che esso attiene alla gestione dell'attività e non alla natura degli interessi in gioco, che invece hanno natura generale (assicurare una migliore gestione delle grandi stazioni ferroviarie) e non industriale o commerciale in quanto GS opera in esclusiva e *"l'indotto commerciale è funzionalmente del tutto accessorio ai servizi di trasporto su ferrovia e i servizi sono destinati principalmente al conforto dei passeggeri di tali servizi"* e, nello specifico, il servizio di pulizia è strumentale a quello ferroviario e il rischio della sua gestione non grava su GS, ma sugli utenti ed è comunque coperto da un minimo garantito.

La pronuncia tendeva pertanto ad una indubbia estensione dell'obbligo di rispetto delle procedure di evidenza pubblica, in funzione essenzialmente "attrattiva" di tutti gli appalti affidati da un soggetto operante in chiave "lato sensu" pubblicistica. Dopo una prima apparente apertura alla tesi dell'odp in parte qua, l'ordinanza ne esclude invero drasticamente l'utilizzabilità, anche se tale certezza appare contraddetta dalla successiva (affatto condivisibile) preoccupazione di fare il test sul singolo servizio.

Le aspettative di soluzione dei problemi sopra esposti sono state tuttavia profondamente deluse dall'adunanza plenaria, che, con sentenza n. 9 del 23 luglio 2004, argomentando dalla natura mista del contratto de quo – siccome avente contestualmente ad oggetto la pulizia delle stazioni e delle aree commerciali - lo ha integralmente ricondotto agli appalti di settori esclusi, attraendolo nell'ambito della direttiva 93/38 e del d. lgs. n. 158 del 1995 in ragione della natura di impresa pubblica di GS ed ha di conseguenza affermato l'irrelevanza ai fini del decidere della questione se *ratione personae*, nel caso in cui l'appalto avesse avuto riguardo alla sola pulizia delle aree commerciali, il relativo affidamento avrebbe dovuto rispettare le medesime procedure di evidenza pubblica.

Non si può poi non sottoporre a vaglio critico il passaggio in cui la sentenza qualifica GS come "organismo di diritto pubblico e amministrazione aggiudicatrice" in quanto "ha la doppia natura di "impresa pubblica" e di "soggetto privato che si avvale di diritti speciali o esclusivi per l'esercizio dell'attività ferroviaria": ancora una volta, quindi, la confusione appare assoluta, posto che, come sopra chiarito, le imprese pubbliche e i titolari di diritti speciali ed esclusivi sono categorie autonome e diverse da quella delle "amministrazioni aggiudicatrici", della quale i soggetti privati fanno invece parte soltanto se rispondenti alle caratteristiche, necessariamente concorrenti, degli "organismi di diritto pubblico", mentre la mera partecipazione maggioritaria di uno dei soggetti appartenenti a tale prima categoria, se non accompagnata dalla contestuale presenza degli

altri due requisiti, non è per ciò solo idonea a qualificare in senso pubblicistico l'impresa partecipata, che resta come tale soggetta alla disciplina comunitaria sull'evidenza pubblica limitatamente agli appalti relativi ai settori c.d. speciali, mantenendo la sua piena autonomia contrattuale nell'affidamento di ogni altro tipo di appalto.

Un'ultima puntualizzazione merita il riferimento all'effettività del rischio di perdita economica, che attenta dottrina⁷⁴ esclude in presenza di regimi di monopolio, che sottrarrebbero l'impresa alla competizione. Ancora una volta, occorre a mio avviso richiamare il dato normativo comunitario che, mentre distingue tra impresa pubblica e titolari di diritti speciali od esclusivi, assoggetta questi ultimi, come le prime, alla disciplina concorsuale soltanto per gli appalti relativi ai settori esclusi.

A ciò si aggiunga che, anche nell'ipotesi in cui si volesse attribuire rilevanza al perseguimento da parte dell'impresa di una missione di servizio pubblico, tale circostanza potrebbe al più essere valutata come idonea ad escludere la competizione soltanto se, come nel caso esaminato dalla Corte di giustizia della società operante nel settore dell'edilizia penitenziaria, la missione rientrasse nei fini dell'amministrazione azionista e non anche quando quest'ultima vi fosse totalmente estranea (si pensi al caso degli enti locali azionisti di una società di gestione aeroportuale).

Come già nel caso dell'Ente Fiera, la parola definitiva è stata però resa dalla Corte di Cassazione, che, con ordinanza n. 10218 del 4 maggio 2006, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sul predetto appalto di GS, dopo un articolato test sulla sussistenza di possibili presupposti per giustificare la soggezione alle regole dell'evidenza pubblica. Con specifico riferimento alla qualificazione della società come organismo di diritto pubblico, la Corte regolatrice, ricordando che i "bisogni di interesse generale" che i soggetti ascrivibili a quest'ultima categoria devono perseguire non devono comunque rivestire carattere commerciale e industriale nel senso di essere insuscettibili di soddisfazione mediante attività di produzione o scambio di beni o servizi, connotata da imprenditorialità o scopo di lucro (sul punto, tra le altre, cfr. Cass., sez. un., 4 aprile 2000, n. 97⁷⁵ e ordinanza 8 febbraio 2006, n. 2637⁷⁶), hanno concluso che l'attività di riqualificazione, gestione e valorizzazione di spazi interni ad un edificio della stazione, non inerenti a strutture o impianti connessi alla circolazione dei treni o alla manutenzione della rete ferroviaria (attività proprie di G.S.), bensì finalizzati al mero sfruttamento economico mediante locazione degli stessi, non configurasse attività destinata alla realizzazione dei bisogni della collettività, tale da qualificare organismo di diritto pubblico, il soggetto che la ponesse in essere. In particolare, alla stregua del contratto stipulato con Ferrovie dello Stato s.p.a., G.S. amministra immobili "solo fisicamente e occasionalmente" collegati agli immobili della stazione fra cui non sono compresi quelli utilizzati per prestazioni specifiche da rendere ai viaggiatori. Le sez. un. hanno di conseguenza ritenuto il carattere squisitamente commerciale dell'attività realizzata, confermata dalla collocazione sul libero mercato dei beni immobili in questione senza alcun vincolo di destinazione, e con relativa produzione di reddito tipica di una gestione immobiliare espletata da un qualsiasi proprietario. Come esattamente posto in luce a commento della pronuncia, "Il rigore logico e giuridico delle argomentazioni addotte (o, meglio, ribadite) dalla S.C. a fondamento del punto di decisione appariva indiscutibile alla luce del quadro normativo vigente. Una diversa interpretazione, tendente ad un'espansione del concetto di bisogno della collettività aldilà di quanto esso potesse esprimere, si sarebbe d'altronde ormai collocata in una posizione di inconciliabile contrasto con il principio di sussidiarietà"⁷⁷.

74 F. CINTIOLI, cit., 88

75 Sul punto fra le altre, Cass., sez. un., 4 aprile 2000, n. 97, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2000, 549, con nota di S. CASSESE; 8 febbraio 2006 n. 2637 ord., *IVI*, 2006, 437.

76 M. R. SPASIANO, *Beni pubblici e attività diverse da quelle oggetto di concessione: finalmente verso un comune approdo dei giudici*, in corso di pubblicazione, in *Foro amm. - TAR*, 2007, 1. L'A. sottolinea in particolare che "Quanto poi al collegamento meramente fisico degli immobili di G.S. rispetto al servizio ferroviario non potevano sorgere dubbi: mediante quelle strutture non si veniva soddisfatto un bisogno tipico del viaggiatore ferroviario allo stesso modo

Nella fattispecie all'esame della Corte, il test sull'applicabilità della normativa sui contratti nei settori speciali era peraltro agevolato dalla circostanza che i settori disciplinati dal d. lgs. n. 158 (artt. 3 – 6), ivi compresa “*la gestione di reti di trasporto pubblico*”, fossero totalmente estranei all'attività propria di G.S. Le infrastrutture proprie di una “*stazione*” (come chiarito anche dall'adunanza plenaria del Cons. St. nella sentenza n. 9 del 2004) non sono infatti costituite da ogni edificio contiguo alla rete ferroviaria, a prescindere dalla destinazione dello stesso, bensì unicamente da quegli immobili funzionalmente qualificabili come infrastrutture della rete stessa, quali i piazzali per viaggiatori, merci, gli accessi stradali o anche edifici adibiti ad uso specifico della struttura ferroviaria.

Il ragionamento più recentemente sviluppato dai giudici milanesi sull'affidamento degli spazi commerciali all'interno degli aeroporti da parte del gestore di questi ultimi chiude comunque il cerchio in un'ottica sicuramente più coerente con gli obiettivi di imprenditorializzazione delle gestioni di servizi di interesse economico generale⁷⁸.

Si può quindi definitivamente concludere che, una volta esclusa, alla stregua dei precedenti rilievi, la possibilità di confondere e di sovrapporre le categorie delle imprese pubbliche e/o titolari di diritti speciali o esclusivi con quella dell'organismo di diritto pubblico, le prime possono ritenersi – eccezionalmente – soggette all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica soltanto nei casi – specificamente e tassativamente individuati – in cui l'ordinamento espressamente ne estenda l'applicazione anche nei loro confronti: ciò che, come sopra evidenziato, si verifica **soltanto per gli appalti** di servizi, lavori e forniture **relativi ai c.d. “settori esclusi”** (ed oltre tutto con precipue limitazioni: cfr. in particolare, all.ti II a e II b).

E' significativo a questo riguardo che anche la nota comunicazione del 12 aprile 2000⁷⁹, in GUCE n. 121 C. del 29 aprile 2000, con la quale la Commissione CE afferma la necessità di applicare i principi generali del Trattato alle concessioni di servizi, precisi invero, con più specifico riferimento ai settori speciali (punto 3.3), che “la personalità giuridica del concedente così come la sua attività sono elementi decisivi” e in particolare “nell'ipotesi in cui il concedente sia un ente privato, quest'ultimo non è sottoposto né alle norme né ai principi sopra descritti”, ulteriormente puntualizzando che “tuttavia, nella misura in cui il concessionario beneficia di diritti esclusivi o speciali per attività di cui alla direttiva settori speciali, (soltanto: n.d.r.) per questi appalti pubblici esso dovrà rispettare le norme di tale direttiva” (negli stessi sensi, si veda anche la circolare 1 marzo 2002 n. 3944 relativa alle procedure di affidamento delle concessioni di beni e di lavori, in GUCE n. 102 del 3 maggio 2002).

Bibliografia:

AA.VV, *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, a cura di P. VERRUCOLI, Giuffrè, Milano, 1977; A. GRISOLI, *Impresa comunitaria*, in *Enc.giur.*, Roma, Treccani, 1989; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, 281; F. CARDARELLI, *I servizi nei settori esclusi*, in E. PICOZZA (a cura di), *Gli appalti pubblici di servizi*, Rimini, Maggioli, 1995, 172; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica organismo di diritto pubblico*, da *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 1284; M. GOLLA, *Appalti di opere ed enti pubblici economici: una questione da approfondire*, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, 667; L. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 355; G. TESAURO, *Intervento pubblico*

che supermarket, esercizi commerciali per la vendita di souvenir o prodotti tipici e ristoranti (piuttosto che punti di ristoro) ubicati in aree di sosta autostradali, così come anche esercizi commerciali di grandi firme e spazi pubblicitari in aree portuali e aeroportuali non possono certo qualificarsi attività di pubblico interesse connesse all'oggetto proprio delle concessioni di quelle aree demaniali, da sottoporre pertanto alle regole della evidenza pubblica. In ordine infine a quello che veniva definito il “collegamento occasionale” dell'immobile di G.S. rispetto al servizio ferroviario, tale occasionalità, evidentemente, non poteva che essere intesa in termini di mera “casualità” o “accidentalità”, senza incidenza alcuna sulla soluzione prospettata della problematica”.

⁷⁸ Cfr. M. R. SPASIANO, op. cit.

nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE, in *Dir. un. eur.*, 1996, 729; G. PERICU e M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, Parte speciale, vol. II, Milano, Giuffrè, 1997, 751; R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro. it.* 1998, 134; G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. it. dir. pubbl. Comunit* 1998, 733; E. CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urb. e app.*, 1999, 71; G. CORSO, *I servizi pubblici in ambito comunitario*, in *Riv. giur. quadrim. serv. pubbl.*, 1999, 19; P. FATTORI, *Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 1999, 127; R. GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali, organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrici, riparto per blocchi di materie (d.lg. 80 del 1998)* in *Foro. it.*, 1999, III, 178; G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 184; G. PASQUINI, *Un révirement sull'organismo di diritto pubblico: il caso Ente Fiera di Milano*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 17; A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di "diritto speciale": problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 159; F. CARINGELLA, *Il Consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2000, 534; G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, Giuffrè, 2000; M. P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, Clueb, 2001; L. IDOT, *La notion d'entreprise*, in *Revue des Sociétés*, 2001, 191; G. MARCHEGANI, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 1233; L. DI VIA, *L'impresa*, in *Trattato di diritto privato europeo*, (N. LIPARI a cura di), II, Padova, Cedam, 2003, 54; C. GUCCIONE, *Commento alla sentenza della Corte di giustizia, 22 maggio 2003*, in C-18/01, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 10, 1032; D. PALLOTTINO, *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche e organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale (nota a TAR Campania, Napoli, I Sez., 20 maggio 2003, n. 5868)*, in *Foro amm. - TAR*, 2003, 2343; M.P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, in *Organismi e imprese pubbliche, natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, a cura di M.A. SANDULLI, in *Serv. pubbl. app.*, Quaderni, n.1, Milano, Giuffrè, 2004, 70; F. CINTIOLI, *"Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (Brevi note sull'organismo di diritto pubblico ivi, 82)*; G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, ivi, 82; E. FERRARI, *L'impresa pubblica tra il Trattato e le direttive comunitarie*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche, natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, in *Serv. pubbl. app.*, Suppl. al n. 4/2004, 124; R. GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: scelta dell'appaltatore e profili di giurisdizione*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche, natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, in *Serv. pubbl. app.*, Suppl. al n. 4/2004, 37; M. KRAJEWSKI e M. FARLEY, *Limited competition in national health systems and the application of competition law: the AOK Bundesverband case*, in *European Law Review*, 2004, 842; K P. E. LASOK, *When is an Undertaking not an Undertaking?*, in *European Competition Law Review*, 2004, 383; R. GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in R. GAROFOLI e M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005, 155; F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Rassegna Astrid* n. 20/2005; M. A. SANDULLI, *L'impresa pubblica: i limiti di applicabilità della normativa pubblicistica*, in R. GAROFOLI e M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005, 207; Id, *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2008,

vol. 5, cap. 22; R. WHISH, *Competition law*, Oxford, Oxford University Press, 5th Ed., 2005, 57; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 747; D. CORAPI e B. DE DONNO, *L'impresa*, in (A. TIZZANO a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, II, Torino, Giappichelli, 2006, 1197; D. F. MUNARI, *Imprese "pubbliche" e servizi di interesse generale*, in A. TIZZANO, (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto privato*, diretto di M. BESSONE, I, Torino, Giappichelli, 2006, 1647; M. R. SPASIANO, *Beni pubblici e attività diverse da quelle oggetto di concessione: finalmente verso un comune approdo dei giudici*, in *Foro amm. - TAR*, 2007, 1; P. DELVOLVE, *Les entreprises publiques et le droit de la concurrence*, in <http://www.asmp.fr/>.